

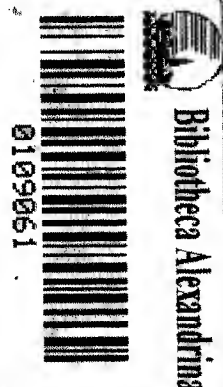
الاختيار

لتعليق المختار

تأليف
عبد الشكور محمد بن عبد الله
الولي

٥-٢

دار الفكر العربي



الأختصار لتعليل المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلى الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دقبة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الثالث

دار الفكر العربى

مَنْ يُرِدِ اللَّهَ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

وهي مشتقة من التحول بمعنى الانتقال ، يقال : تحول من المنزل إذا انتقل عنه ، ومنه تحويل الفراش . وفي الشرع : نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ولهذا قلنا : إذا صححت الحوالة برئ المحيل لتحويله إلى ذمة المحال عليه ، لأن من المحال بقاء الشيء الواحد في محلين في زمان واحد ، وهو عقد مشروع ، قال صلى الله عليه وسلم « من أحيل على مليء فليتبّع » أمر باتباعه ، ولولا الجواز لما أمر به ، حتى إن من العلماء من قال بوجوب الاتباع نظرا إلى ظاهر الحديث ، ونحن نقول : المراد منه الإباحة ، لأن تحول حقه إلى ذمة أخرى من غير اختياره ضرر به ، وإنما خصه عليه الصلاة والسلام بالمليء حكما للغالب ، لأن الغالب في الحوالات ذلك لأنه شرط الجواز ، ثم عند أبي يوسف الحوالة توجب براءة المحيل من الدين والمطالبة براءة مؤقتة إلى أن يتوى ما على المحال عليه ، حتى لو أبرأ المحال المحيل صحح ؛ ولو أبحال الراهن المرتهن بدينه استردّ الرهن . وعند محمد توجب البراءة من المطالبة دون الدين فلا يصحّ الإبراء ، ولا يستردّ الراهن الرهن . لمحمد رحمه الله أن نقل الدين غير ممكن لأنه تمليك المسال وذلك لا يقبل النقل ، وموجبه المطالبة وهي تقبل النقل ، ولهذا لو أدى المحيل الدين أجبر المحال على قبوله . ولأبي يوسف رحمه الله أن الحوالة أضيفت إلى الدين ، ولو أضيفت إلى المطالبة لا تكون حوالة ، فوجب القول بتحويل الدين

وَمِىَّ جَائِزَةً بِالْأَدْيُونِ دُونَ الْأَعْيَانِ ، وَتَصَحَّحَ بِرِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ
وَالْمَحَالِ عَلَيْهِ ، وَإِذَا تَمَّتِ الْحَوَالَةُ بِرِىِّ (ز) الْمُحِيلِ حَتَّى لَوْ مَاتَ لَا يَأْخُذُ
الْمُحْتَالُ مِنْ تَرْكِهِ ، لَكِنْ يَأْخُذُ كَفِيلًا مِنْ الْوَرَثَةِ أَوْ مِنْ الْغُرَمَاءِ بِخَافَةِ
التَّوَى ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْمُحْتَالُ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ الْمَحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا (سم) .
أَوْ يَجْحَدَ (ف) وَلَا بَيِّنَةَ عَلَيْهِ ، فَانْ طَالَبَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ الْمُحِيلَ فَقَالَ :
لَئِنَّمَا أَحَلَّتْ يَدَيْنِ لِي عَلَيْكَ لَمْ يَقْبَلْ ، وَإِنْ طَالَبَ الْمُحِيلُ الْمُحْتَالُ بِمَا
أَحَالَهُ بِهِ فَقَالَ : لَئِنَّمَا أَحَلَّتْنِي يَدَيْنِ لِي عَلَيْكَ لَمْ يَقْبَلْ .

الحقيقة الإضافة ، وإنما صحَّ الأداء من المحيل لأنه ثبت له بالحالة براءة مؤقتة ، وبالأداء
ثبتت له براءة مبدئية وأنه زيادة فائدة .

قال (وهى جائزة بالديون دون الأعيان) لما مرَّ أنها تبني على التحول ، وإنما تتحول
الديون دون الأعيان . قال (وتصحَّحَ برضا المحيل والمحتال والمحال عليه) أما المحيل فلأنه الأصل
في الحوالة ، ومنه توجد ؛ وذكر في الزيادات أن رضا المحيل ليس بشرط لأن المحال
عليه يتصرف في نفسه بالتزام الدين ولا ضرر على المحيل بل فيه نفعه ، لأنه لا يرجع عليه
إلا برضاه . وأما المحتال والمحال عليه ، فلتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء ، ففعل المحال
عليه أعسر وأفلس ، والمحال أشدَّ اقتضاء ومطالبة ، فيشترط رضاها دفعا للضرر عنهما .
قال (وإذا تمت الحوالة برى المحيل) لما مرَّ . وقال زفر : لا يبرأ لأنها للاستيثاق فبقى
الدين على المحيل كالكفالة . وجوابه مامر أنها من التحويل ، ولا بقاء مع التحويل على
ما بينا فيبرأ المحيل (حتى لو مات لا يأخذ المحتال من تركته ، لكن يأخذ كفيلًا من الورثة
أو من الغرماء بخافة التوى ، ولا يرجع عليه المحتال إلا أن يموت المحال عليه مفلسًا أو يجحد
ولا بينة عليه) لأنه عجز عن الوصول إلى حقه ، والمقصود من الحوالة سلامة حقه فكانت
مقيدة بالسلامة ، فإذا فأت السلامة انفسخت كالغيب في المبيع . وعندهما يرجع بوجه
آخر أيضا ، وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه في حياته بناء على أن الإفلاس يتحقق عندهما
بقضاء القاضى وعنده لا . قال (فان طالب المحتال عليه المحيل فقال : لئنا أحلت يدين لى
عليك لم يقبل) وعليه مثل ما أحال لتحقيق السبب وهو قضاء دينه بأمره ، لكن المحيل يدعى
عليه دينًا وهو ينكر ، والقول قول المنكر ، والحوالة ليست إقرارًا بالدين فانها تكون بدون
(وإن طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال : لئنا أحلتنى يدين لى عليك لم يقبل) لأن
المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر ، وفي الحوالة معنى الوكالة فيكون القول قوله .

كتاب الصلح

وَيَجُوزُ مَعَ الْإِقْرَارِ وَالسُّكُوتِ (ف) وَالْإِنْكَارِ (ف) ؛ فَإِنْ كَانَ عَنْ إِقْرَارٍ وَهُوَ بِمَالٍ عَنْ مَالٍ فَهُوَ كَالْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ بِمَنَافِعٍ عَنْ مَالٍ فَهُوَ كَالْإِجَارَةِ فَإِنْ اسْتَحَقَّ فِيهِ بَعْضُ الْمَصَالِحِ عَنْهُ رَدَّ حِصَّتَهُ مِنَ الْعَوَضِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ الْجَمِيعُ رَدَّ الْجَمِيعِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ كُلُّ الْمَصَالِحِ عَلَيْهِ رَجَعَ بِكُلِّ الْمَصَالِحِ عَنْهُ ، وَفِي الْبَعْضِ بِحِصَّتِهِ . وَالصَّلْحُ عَنْ سَكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ مُعَاوَضَةٌ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِإِفْتِدَاءِ الْيَمِينِ ،

كتاب الصلح

وهو ضد الفساد ، يقال : صلح الشيء إذا زال عنه الفساد ، وصلح المريض إذا زال عنه المرض ، وهو فساد المزاج ، وصلح فلان في سيرته إذا أفلح عن الفساد . وفي الشرع : عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن ، وهو عقد مشروع منسوب إليه ، قال تعالى - فأصلحوا بينهما - وقال تعالى - والصلح خير - وقال صلى الله عليه وسلم « كل صلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحا حرم حلالا أو حل حراما » وقال عمر رضي الله عنه : ردوا الخصوم كي يصطلحوا .

قال (ويجوز مع الإقرار والسكوت والإنكار) لإطلاق ما روينا من النصوص . قال أبو حنيفة رضي الله عنه : أجود ما يكون الصلح عن إنكار لأن الحاجة إلى جوازه أمس ، لأن الصلح لقطع المنازعات وإطفاء الثارات ، وهو في الصلح عن الإنكار أبلغ ، وللحاجة أثر في تجويز المعاهدات ، ففي إبطاله فتح باب المنازعات . قال (فإن كان عن إقرار وهو بمال عن مال فهو كالبيع) لوجود معنى البيع وهو مبادلة مال بمال بتراضي المتعاقدين والعبرة للمعاني ، فيثبت فيه خيار الرؤية والعيب والشرط والشفعة ، ويشترط القدرة على تسليم البدل ويفسده جهالة البدل لإفضائها إلى المنازعة ، ولا تفسده جهالة المصالح عنه لأنه إسقاط . قال (وإن كان بمنافع عن مال فهو كالإجارة) لوجود معنى الإجارة ، وهو تملك المنافع بمال حتى تبطل بموت أحدهما في المدة كما في صورة الإجارة (فإن استحق فيه بعض المصالح عنه رَدَّ حصته من العوض ، وإن استحق الجميع رَدَّ الجميع) لأنه مبادلة كالبيع وحكم البيع كذلك (وإن استحق كل المصالح عليه رجع بكل المصالح عنه وفي البعض بحصته) لأنه مبادلة لما مر . قال (والصلح عن سكوت أو إنكار معاوضة في حق المدعى) لأن من زعمه أنه يأخذ عوضا عن ماله وأنه محق في دعواه (وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين)

وَلَا اسْتَحِقَّ فِيهِ الْمَصَالِحُ عَلَيْهِ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى فِي كُلِّهِ وَفِي الْبَعْضِ يَقْدَرُهُ ، وَإِنْ اسْتَحِقَّ الْمَصَالِحُ عَنْهُ رَدَّ الْعَوَضَ ، وَإِنْ اسْتَحِقَّ بَعْضُهُ رَدَّ حَصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ ، وَهَلَاكَ الْبَدَلُ كَاسْتِحْقَاقِهِ فِي الْفَصْلَيْنِ ، وَيَجُوزُ الصَّلْحُ عَنْ مَجْهُولٍ (ف) ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى مَعْلُومٍ ، وَيَجُوزُ عَنْ جِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطِئِ ،

لأن من زعمه أن لاحق عليه وأن المدعى مبطل في دعواه ، وإنما دفع المال لثلاث يحلف ولتنقطع الخصومة (وإن استحق في المصالح عليه رجوع إلى الدعوى في كله وفي البعض بقدره) لأنه ما ترك الدعوى إلا ليسلم له المصالح عليه ، فإذا لم يسلم له رجوع إلى دعواه لأنه البديل (وإن استحق المصالح عنه رَدَّ العوض) ورجع بالخصومة (وإن استحق بعضه رد حصته ورجع بالخصومة فيه) لأن المدعى عليه إنما بذل العوض ليدفع الخصومة عنه ، فإذا استحققت الدار ظهر أن لاختصومة فبطل غرضه فيرجع بالعوض ، وفي البعض خلا العوض عن بعض العوض فيرجع بقدره (وهلاك البديل) قبل التسليم (كاستحقاقه في الفصلين) قال (ويجوز الصلح عن مجهول) لأنه إسقاط (ولا يجوز إلا على معلوم) لأنه تمليك فيؤدى إلى المنازعة .

والصلح على أربعة أوجه : معلوم على معلوم . ومجهول على معلوم وهما جائزان ، وقد مر الوجه فيهما . ومجهول على مجهول . ومعلوم على مجهول وهما فاسدان . فالحاصل أن كل ما يحتاج إلى قبضه لابد أن يكون معلوماً لأن جهالته تفضي إلى المنازعة ، وما لا يحتاج إلى قبضه يكون إسقاطاً ولا يحتاج إلى علمه به لأنه لا يفضي إلى المنازعة ، ولو ادعى حقاً في دار لرجل ولم يسمه وادعى المدعى عليه حقاً في أرضه فاصطالحا على أن يدفع أحدهما مالا إلى الآخر لا يجوز ؛ وإن اصطالحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه جاز ، لأنه لا يحتاج إلى التسليم وفي الأولى يحتاج إليه ، ولو ادعى داراً فصالحه على قدر معلوم منها جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقي ، والبراءة عن العين وإن لم تصح لكن البراءة عن الدعوى تصح ، فصححناه على هذا الوجه قطعاً للمنازعة . قال (ويجوز) الصلح (عن جنابة العمد والخطأ) في النفس وما دونها لإطلاق النصوص ولقوله تعالى - فن عني له من أخيه شيء - نزلت عقيب ذكر القصاص ، ومعناه : فن عني له من دم أخيه شيء : أى ترك القصاص ورضي بالمسال ، يدل عليه قوله تعالى - فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان - أى يتبع الطالب المطلوب بما صالحه عليه أو بالدية ولا يطلب أكثر من حقه ، ويؤدى المطلوب إلى الطالب ما وجب عليه من المال من غير مماطلة ، مروى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما وغيره ، وهذا في العمد . وأما الخطأ فلأن الواجب هو

وَلَا يَجُوزُ عَنِ الْحُدُودِ ، وَلَوْ ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا فَجَحَدَتْ ثُمَّ صَاحَتْهُ
عَلَى مَالٍ لِيَتْرَكَ الدَّعْوَى جَازًا ، وَلَوْ صَاحَتْهَا عَلَى مَالٍ لِيَتَّقِرَ لَهُ بِالنِّكَاحِ جَازًا
وَلَوْ ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ فَصَاحَتْهَا جَازًا ،

المال فأشبهه سائر الديون ، إلا أنه لو صالح في العمد على أكثر من الدية جاز ، لأن الواجب
القصاص وليس بمال ، وفي الخطأ لو صالح على أكثر من الدية لايحوز لأن الواجب المال
غالب زيادة ربا ، وهذا إذا صالحه على نوع من أنواع الدية . أما إذا صالحه على نوع آخر
كالخطة والشعير ونحوهما فإنه يحوز بالغلة ما بلغت لأنها من خلاف الواجب فلا ربا ،
وكل ما يصلح مهرا في النكاح يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ، ومالا فلا ، لأن كل
واحد منهما مبادلة المال بغير المال ، فإن صالحه على خمر أو خنزير سقط القصاص ولا
يجب شيء لأن المال ليس من ضرورات الصلح فلغا ذكر العوض فيبقى عفوا ، وفي الخطأ
تجب الدية لأنه الموجب الأصلي فتي فسد العوض رجع إليه كما في النكاح متى فسد المسمى
يرجع إلى مهر المثل لأنه موجب أصلي لا ينفك عنه النكاح إلا بتسمية غيره ، فإذا عدمت
التسمية أو فسدت رجع إليه ، ولا كذلك العمد ؛ ولو صالحه بعفو عن دم على عفو عن دم
آخر جاز كالخلع ، ولو قطعت يده فصالحته على أن يتزوجها وقد برأت يده جاز ، لأنه
صالحها على أرش وجب له عليها وسقط الأرش ، وإن مات منها لها مهر مثلها وعليها الدية
في ثلاث سنين ، لأنه ظهر أن حقه في القتل فلم تصح التسمية ، ولو استحق العبد المصالح
عليه رجع بقيمته في العمد وبالدية في الخطأ وقد عرف وجهه ، ولو وجد عيبا يسيرا رده
في الخطأ ولا يرد في العمد إلا بالفاحش فيرده ، ويأخذ قيمته ، لأن الصلح في الخطأ
يحتمل الفسخ لوقوعه عن مال ، وفي العمد لا يحتمل الفسخ لأنه عن القصاص وقد سقط
فلا سبيل إلى استرداده فيرجع بقيمة العوض كالنكاح والخلع . قال (ولا يحوز عن
الحدود) لأنها حق الله تعالى والمغلب في حد القذف حق الشرع عندنا ، ولا يحوز
الاعتياض عن حق الغير ، ولهذا لا يحوز الصلح عما أشعره إلى الطريق العام كالظلة والروشن
ونحوهما لأنه حق العامة ، ولا يملك الاعتياض عن نصيبه لأنه غير متفيع به ، ولو صالحه
الإمام في الظلة ونحوها جاز إذا رأى ذلك مصلحة للمسلمين ويضع بدله في بيت المال
كما إذا باع شيئا من بيت المال . قال (ولو ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا فَجَحَدَتْ ثُمَّ صَاحَتْهُ عَلَى
مَالٍ لِيَتْرَكَ الدَّعْوَى جَازًا) لأنه أمكن تصحيحه على وجه الخلع ويكون في حقها لدفع
الخصومة ، ويحرم عليه ديانة إذا كان مبطلا (ولو صالحها على مال لتقر له بالنكاح جاز)
ويجعل زيادة في المهر لأنها تزعم أنها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم أنه زاد
في مهرها (ولو ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ فَصَاحَتْهَا) على مال (جاز) وقيل لا يحوز ، وجه الجواز

وإن ادّعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز ولا ولاء عليه .
 عبد بين رجلين أعنته أحدهما وهو مؤسر فصالحه الآخر على أكثر
 من نصف قيمته لم يجز ، ويجوز صلح المدعى المنكر على مال ليقر له
 بالعين ، والفضولي إن صالح على مال وضمنه أو سلمه أو قال : على
 ألني هذه صح ، وإن قال : على ألف لفلان يتوقف على إجازة المصالح
 عنه ، والصلح عما استحق بعقد المدبنة أخذ لبعض حقه وإسقاط
 الباقي وليس معاوضة ؛

جعله زيادة في المهر ، ووجه عدم الجواز وهو الأصح أنه إنما أعطاه المال لترك
 الدعوى ، فإن تركها وكان فرقة فهو لا يعطى في الفرقة البدل ، وإن لم ترك الدعوى
 فما حصل له غرضه فلا يصح . قال (وإن ادّعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز
 ولا ولاء عليه) لأنه أمكن تصحيحه بجعله في حق المدعى كالعق على مال ، وفي حق
 المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر ، الأصل فلهذا لم يكن عليه ولاء لإنكاره ،
 فإن أقام المدعى بينة بعد ذلك أنه عبده لم تقبل ، لأن من زعمه أنه أعنته على مال ، وأن
 العبد اشترى نفسه بهذا المال ، لكن يثبت الولاء عملاً بالبينة . قال (عبد بين رجلين أعنته
 أحدهما وهو مؤسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته لم يجز) الفضل لأن القيمة
 منصوص عليه ، قال صلى الله عليه وسلم « قوم عليه باقيه » فلا تجوز الزيادة عليه ، ولو
 صالحه على عوض جاز لعدم الجنسية فلا ريب . قال (ويجوز صلح المدعى المنكر على مال
 ليقر له بالعين) وصورته : رجل ادّعى على رجل عينا في يده فأنكره فصالحه على مال
 ليعترف له بالعين فانه يجوز ويكون في حق المنكر كالبيع ، وفي حق المدعى كالزيادة
 في الثمن . قال (والفضولي إن صالح على مال وضمنه أو سلمه ، أو قال : على ألني هذه
 صح) ولزمه تسليم المال ، ولا يرجع على المدعى عليه بشيء لأنه تبرع ، وإنما صح
 الصلح لأنه أضافه إلى نفسه أو إلى ماله . والحاصل للمدعى عليه البراءة ، ولا ضرر عليه
 في ذلك فيصح ، وصار كالكفالة بغير أمر المديون (وإن قال : على ألف لفلان يتوقف
 على إجازة المصالح عنه) إن أجاز له جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل كالحلع والنكاح
 وغيرهما من تصرفات الفضولي ، ولو قال : صالحتك على ألف وسكت قبل ينفذ ويجب
 عليه لأنه أضاف العقد إلى نفسه كقوله اشترت ؛ وقيل يتوقف على إجازة المدعى عليه لأن
 الإضافة لم تتحقق إليه ، لأن الفعل كما يقع لنفسه يقع لغيره ، وإنما يعتبر واقعا له إذا كان
 له فيه منفعة ، ولا منفعة له هنا وإنما المنفعة للمدعى عليه فاعتبر واقعا له ، بخلاف قوله
 صالحني ، لأن الباء كناية عن المفعول فقد جعل نفسه مفعول الصلح فيقع له : قال (والصلح
 عما استحق بعقد المدبنة أخذ لبعض حقه وإسقاط الباقي وليس معاوضة) لأننا لو اعتبرنا

فَلَمَّا صَلَّحَهُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ بِخَمْسِمِائَةٍ ، أَوْ عَنْ أَلْفٍ جِيَادٍ بِخَمْسِمِائَةٍ زَيْوْفٌ ، أَوْ عَنْ حَالَةٍ بِمِثْلِهَا مُوَجَّلَةٌ جَازٌ ، وَلَوْ صَلَّحَهُ عَلَى دَنَانِيرٍ مُوَجَّلَةٍ لَمْ يَجِزْ ، وَلَوْ صَلَّحَهُ عَنْ أَلْفٍ سُودٍ بِخَمْسِمِائَةٍ بَيْضٍ لَا يَجُوزُ ، وَلَوْ قَالَ لَهُ : أَدِّ إِلَى غَدَاً خَمْسِمِائَةً عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ ، فَلَمْ يُوَدِّهَا إِلَيْهِ فَالْأَلْفُ بِجَاهِلَا (س) .

معاوضة يكون ربا ، وتصحيح تصرفه واجب ما أمكن ، وقد أمكن بما ذكرناه من الطريق فيصار إليه (فلان صلحه على ألف درهم بخمسمائة ، أو عن ألف جياذ بخمسمائة زيوف ، أو عن حالة بمثلها مؤجلة جاز) في الأولى أسقط بعض حقه ، وفي الثانية بعضه والصفة ، وفي الثالثة تعذر جعله معاوضة النقد بالنسيئة لحرمة فحملناه على تأجيل نفس الحق وكل ذلك حقه فله إسقاطه (ولو صلحه على دنانير مؤجلة لم يجز) لأنه بيع الدراهم بالدنانير نسيئة ، وإنه لا يجوز لأنها ليست من جنس الحق المستحق ليكون إسقاطا لبعضه وتأجيلا لبعضه فتعين ما ذكرناه ، ولو صلحه على ألف مؤجلة بخمسمائة حالة لم يجز لأنه اعتياض عن الأجل ، ولا يجوز لأن المعجلة خير من المؤجلة ، فيكون التعجيل بازا ما حط عنه فلا يصح . قال (ولو صلحه عن ألف سود بخمسمائة بيض لا يجوز) لأن البيض غير مستحقة فيكون معاوضة وإنه لا يجوز (ولو قال له : أدِّ إلى غدا خمسمائة على أنك برىء من خمسمائة فلم يؤدها إليه فالألف بجاهلا) وقال أبو يوسف : سقط خمسمائة ، وأجمعوا أنه لو أدَّى خمسمائة غدا برىء ، لأنى يوسف أنه إبراء مطلق لأنه جعل الأداء عوضا عن الإبراء نظرا إلى كلمة على ، والأداء لا يصلح أن يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه . ولهما أنه إبراء مقيد بشرط الأداء ، وأنه غرض صالح حلرا من إفلاسه أو ليتوسل بها إلى ما هو الأنفع من تجارة رابحة أو قضاء دين أو دفع حبس ، فإذا فاش الشرط بطل الإبراء ، وكلمة على تحتل الشرط فيحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف . ولو قال : أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا صح الإبراء أعطى الخمسمائة أو لم يعط ، لأنه أطلق الإبراء ووقع الشك في تعليقه بالشرط فلا يتقيد ، بخلاف المسألة الأولى لأنه من حيث إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث إنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك . ولو قال : أدِّ إلى خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يوقت فهو إبراء مطلق ، لأن الأداء واجب عليه في جميع الأوقات فلم يصلح عوضا فلم يتقيد . ولو قال : صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلى غدا وأنت برىء من الباقي على أنك إن لم تدفعها غدا فالألف عليك فهو كما قال لأنه صرح بالتقيد . ولو ادعى عبدا فصالحه على غلته شهرا لم يجز ، وعلى خدمته شهرا يجوز ، لأنها معلومة

وَلَوْ صَالَحَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَنْ نَصِيْبِهِ بِثَوْبٍ ، فَشَرِيْكُهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ الثَّوْبِ إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ رُبْعَ الدِّينَرِ ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَدْيُونُ بِنِصْفِهِ ، وَلَا يَجُوزُ صَلَاحُ أَحَدِهِمَا فِي السَّلَمِ عَلَى أَخْذِ نَصِيْبِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَإِنْ صَالَحَ الْوَرَثَةُ بَعْضُهُمْ عَنْ نَصِيْبِهِ بِمَالٍ أَعْطَوْهُ ، وَالتَّرِكَةُ عَرُوضٌ جَازٌ قَلِيلاً أَعْطَوْهُ أَوْ كَثِيراً ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ أَحَدَ النَّقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ خِلَافَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ مِنْهُمَا ، وَلَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ وَعَرُوضاً

والغلة مجهولة غير مقدورة التسليم ، لأنها لا تجب إلا بعد الإجارة والعمل . قال (ولو صالح أحد الشريكين عن نصيبه بثوب فشريكه إن شاء أخذ منه نصف الثوب) لأن له حق المشاركة لأنه عوض عن دينه ، فاذا اختار ذلك فقد أجاز فعل الشريك (إلا أن يعطيه ربع الدين) لأنه حقه في الدين لافي الثوب (وإن شاء اتبع المديون بنصفه) لبقاء حصته في ذمته ، لأنه لم يأذن له بالدفع إلى غيره ، والدين المشترك كالمرورث وقيمة عين مستهلكة بينهما وثن مبيع ونحوه . قال (ولا يجوز صلح أحدهما في السلم على أخذ نصيبه من رأس المال) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويتوقف على إجازة شريكه ، فان ردّ بطل أصلاً وبقي المسلم فيه بينهما على حاله وإن أجاز نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقي الطعام بينهما ، لأنه قسمة الدين قبل قبضه فلا يجوز ، كما إذا كان لهما على رجل دراهم وعلى آخر دينار ، فتصالحا على أن لهذا الدراهم ولهذا الدينارين فانه لا يصح . وبيان كونه قسمة أنه يمتاز أحد النصيبين عن الآخر ولأنه فسخ على شريكه عقده ، فلا يجوز لأن العقد صدر منهما ، ولهذا يرجع عليه بنصف رأس المال إذا توى الباقي على المطلوب . وقال أبو يوسف رحمه الله : جاز الصلح وله نصف رأس المال ، وصاحبه إن شاء شاركه فيما قبض وإن شاء اتبع المطلوب بنصفه ، إلا إذا توى عليه فيرجع على شريكه ، له الاعتبار بسائر الديون ، وبما إذا اشترى عبداً فأقال أحدهما في نصيبه . قال (وإن صالح الورثة بعضهم عن نصيبه بمال أعطوه والتركة عروض جاز قليلاً أعطوه أو كثيراً) لما بينا أنه في معنى البيع ، وعثمان رضي الله عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع الثمن وكان له أربع نسوة على ثمانين ألف دينار بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير . قال (وكذلك إن كانت أحد النقدين فأعطوه خلافة) لأن بيع المجلس بخلافه جائز (وكذلك لو كانت نقدين فأعطوه منهما) ويصرف لكل واحد منهما إلى خلاف جنسه ، وقد مر في البيوع ، ثم إن كان في يده شيء من التركة ، إن كان مقرراً به يكون أمانة ، فلا بد من تجديد القبض فيه لأنه أضعف من قبض الصلح فلا ينوب عنه ، وإن كان جاحداً له صار مضموناً عليه فينوب عن قبض الصلح (ولو كانت نقدين وعروضاً

فَصَالِحُوهُ عَلَى أَحَدِ النَّقْدَيْنِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنْ نَصِيْبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجَنَسِ ، وَلَوْ كَانَ بَدَلُ الصَّلْحِ عَرْضًا جَازَ مُطْلَقًا ، وَإِنْ كَانَ فِي التَّرَكَةِ دِيُونٌ فَأَخْرَجُوهُ مِنْهَا عَلَى أَنْ تَكُونَ لَهُمْ لَا يَحْجُوزُ ، وَإِنْ شَرَطُوا بَرَاءَةَ الْغُرْمَاءِ جَازَ .

كتاب الشركة

فصالحوه على أحد النقدين ، فلا بدَّ أن يكون أكثر من نصيبه من ذلك الجنس (ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة تحرزًا عن الربا) ولو كان بدل الصلح عرضًا جاز . (مطلقًا) لعدم تحقق الربا ، وكل موضع يقابل فيه أحد النقدين بالآخر يشترط القبض بالمجلس لأنه صرف . قال (وإن كان في التركة ديون فأخرجوه منها على أن تكون لهم لا يحوز) لأنه تملك الدين من غير من عليه الدين (وإن شرطوا براءة الغرماء جاز) لأنه إسقاط أو تملك الدين ممن هو عليه وإنه جائز ، وإن كان على الميت دين لا يصالحون ولا يقسمون حتى يقضوا دينه لتقدم حاجته ، ولقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وإن قسموها ، فإن كان الدين مستغرقًا للتركة بطلت لأنه لا ملك لهم فيها ، وإن كان غير مستغرق جاز استحسانًا لإقياسا ، والله سبحانه أعلم .

كتاب الشركة

الشرك : النصيب ، قال صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له في عبد » أى نصيبا : قال النابغة الجعدي :

وشاركنا قريشا في تقاها وفي أحسابها شرك العنان

أى أخذنا نصيبا من التقي والحسب مثل نصيب قريش منهما ، كشركة العنان لكل واحد نصيب من المال والكسب ، وسمى الشريكان لأن كل واحد منهما شركا في المال : أى نصيبا . وهى فى الشرع : الخلطة وثبوت الحصص ، وهى مشروعة بالنصوص ، قال عايه الصلاة والسلام « يد الله على الشريكين ما لم ينح أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » وقال عليه الصلاة والسلام « الشريكان الله ثالثهما ما لم ينحونا ، فإذا خاننا محيت البركة بينهما » وكان قيس بن السائب شريك رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تجارة البز والأدم . وذكر الكرخى أسامة بن شريك ، وقال عليه الصلاة والسلام فى صفته « كان شريكى وكان خير شريك لا يشارى ولا إيمارى ولا يدارى » أى لا يبلح ولا يجادل ولا يدافع عن الحق ، وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونها

الشَّرِكَةُ نَوْعَانِ : شَرِكَةُ مِلْكٍ ، وَشَرِكَةُ عَقْدٍ . فَشَرِكَةُ الْمَلِكِ نَوْعَانِ : جَبَرِيَّةٌ ، وَاخْتِيَارِيَّةٌ . وَشَرِكَةُ الْعُقُودِ نَوْعَانِ : شَرِكَةُ فِي الْمَالِ ، وَشَرِكَةُ فِي الْأَعْمَالِ . فَالشَّرِكَةُ فِي الْأَمْوَالِ أَنْوَاعٌ : مُفَاوِضَةٌ ، وَعِنَانٌ ، وَوَجُوهٌ ، وَشَرِكَةُ فِي الْعُرُوضِ . وَالشَّرِكَةُ فِي الْأَعْمَالِ نَوْعَانِ : جَائِزَةٌ وَهِيَ شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ ، وَفَاسِدَةٌ وَهِيَ الشَّرِكَةُ فِي الْمُبَاهَاتِ . أَمَّا الْمُفَاوِضَةُ فَهِيَ أَنْ يَتَسَاوَا فِي التَّصَرُّفِ وَالْدِّينِ (س) وَالْمَالِ الَّذِي تَصْبِحُ فِيهِ الشَّرِكَةُ .

فلم ينكر عليهم وتعاملوا بها إلى يومنا هذا من غير نكير فكان إجماعا . قال (الشركة نوعان : شركة ملك ، وشركة عقد . فشركة الملك نوعان : جبرية ، واختيارية . وشركة العقود نوعان : شركة في المال ، وشركة في الأعمال . فالشركة في الأموال أنواع : مفاوضة ، وعنان ، ووجوه ، وشركة في العروض . والشركة في الأعمال نوعان : جائزة وهي شركة الصنائع ، وفاسدة وهي الشركة في المباهات) وسيأتيك بيان ذلك إن شاء الله تعالى . أما شركة الأملاك ، أما الجبرية بأن يختلط مالان لرجلين اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما أو يرثان مالا . والاختيارية أن يشتريا عينا أو يتبا أو يوصى لهما فيقبلان أو يستوليا على مال أو يخلطا مالهما ، وفي جميع ذلك كل واحد منهما أجنبي في نصيب الآخر لا يتصرف فيه إلا بأذنه لعدم إذنه له فيه ، ويجوز بيع نصيبه من شريكه في جميع الوجوه ، وأما من غيره فما ثبتت الشركة فيه بالخلط أو الاختلاط لا يجوز إلا بأذن شريكه ، لأن الخلط استهلاك معنى فأورث شبهة زوال ملك نصيب كل واحد منهما إلى صاحبه ، وفيما يثبت بالميراث والبيع والهبة والوصية يجوز بيع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير إذن صاحبه ، لأن ملك كل واحد منهما قائم في نصيبه من كل وجه . وأما شركة العقود فركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول : شاركتك في كذا وكذا فيقول الآخر : قبلت . وشرطها أن يكون التصرف المعقود عليه قابلا للوكالة حتى لا يجوز على الاحتطاب وأشباهه ليكون الحاصل بالتصرف مشتركا بينهما إذ هو المطلوب من عقد الشركة (أما المفاوضة فهو أن يتساويا في التصرف والدين والمال الذي تصح فيه الشركة) لأنها في اللغة تقتضي المساواة ، يقال : فافوض فافوض : أى ساوى يساوى ، فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فيما ذكرناه . أما المال فلائنه الأصل في الشركة ومنه يكون الربح . وأما التصرف فلائنه متى تصرف أحدهما تصرفا لا يقدر الآخر عليه فانت المساواة ، وكذا في الدين لأن الذي يملك من التصرف في بيع الخمر والخنزير وشرائهما ما لا يملكه المسلم فلا مساواة بينهما ، فلهذا قلنا : لا يصح بينهما مفاوضة وقال أبو يوسف رحمه الله : تنعقد المفاوضة بينهما ، لأن ما يملكه الذي من بيع الخمر والخنزير يملكه المسلم بالتوكيل فتحققت المساواة . قلنا الذي يملك ذلك بنفسه

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بَيْنَ الْحَرِّينِ الْبَالِغِينَ الْعَاقِلِينَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ الذَّمِّيِّينَ ، وَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظِ الْمَفَاوِضَةِ ، أَوْ تَبْيِينَ جَمِيعِ مُقْتَضَاهَا ، وَلَا يَشْتَرِطُ تَسْلِيمُ الْمَالِ وَلَا خَلْطُهُمَا ، وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ ، فَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الشَّرِكَةِ إِلَّا طَعَامَ أَهْلِهِ وَإِدَامَهُمْ وَكِسْوَتَهُمْ وَكِسْوَتَهُ ، وَلِلْبَائِعِ مُطَالَبَةُ أَهْمَا شَاءَ بِالْثَمَنِ ،

وبناؤه ، ولا كذلك المسلم فانتفت المساواة ، فإذا عقدا المفاوضة صارت عنانا عندهما لقوات شرط المفاوضة ووجود شرط العنان ، وكذلك كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إذا أمكن تصحيحا لتصرفهما بقدر الإمكان . قال (ولا تصح إلا بين الحرين البالغين العاقلين المسلمين أو الذميين) وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا لتساويهما في التصرف ولا تصح بين العبد والحر ، ولا بين الصبي والبالغ للفاوت بينهما ، فإن الحر والبالغ يملكان الكفالة والتبرعات ، ولا كذلك الصبي والعبد ، أو يملكانها باذن الولي والمولى ، ولا تصح بين العبد والباين الصبيين ولا بين المكاتبين ، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الكفالة وأنها تنعقد على الكفالة على ما نبينه إن شاء الله تعالى . والأصل في جوازها قوله صلى الله عليه وسلم « فافوضوا فإنه أعظم للبركة » ولأنها تشتمل على الوكالة والكفالة والشركة في الربح وكل واحد منها جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع . قال (ولا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة) لأن العوام قلما يعلمون شرائطها ، وهذه اللفظة تتضمن شرائطها ومعناها (أو تبين جميع مقتضاها) لأن العبرة للمعاني . قال (ولا يشترط تسليم المال) لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود . قال (ولا خلطهما) لأن المقصود الخلط في المشتري ، وكل واحد منهما يشتري بما في يده بخلاف المضاربة ، لأنه لا بد من التسليم ليتمكن من الشراء ، ويشترط حضوره عند العقد أو عند المشتري ، لأن الشركة تتم بالشراء لأن الربح به يحصل . قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) لأن المساواة بذلك تتحقق ، وهو أن يكون كل واحد منهما مطالبا بما طولب به صاحبه بالتجارة وهو الكفالة ، وأن يكون الحاصل في التجارة بفعل أيهما كان مشتركا بينهما وهي الوكالة ، فكان معنى المفاوضة وهو المساواة يقتضي الكفالة والوكالة ، فكان كل واحد منهما فوض إلى الآخر أمر الشركة على الإطلاق ورضي بفعله ، وذلك يقتضي الوكالة والكفالة أيضا . قال (فما يشتريه كل واحد منهما على الشركة) عملا بعقد المفاوضة (إلا طعام أهله وإدامهم وكسوتهم وكسوته) والقياس أن يكون على الشركة بمقتضى العقد ، إلا أننا استحسنا ذلك للضرورة ، فإن الطعام والكسوة من اللوازم ، ولا يمكن إيجادها من مال غيره فيجب في ماله ضرورة . قال (وللبائع مطالبة أيهما شاء بالثمن) بمقتضى الكفالة ثم يرجع الكفيل على المشتري بنصف

وَلَا تَصِحُّ بِالْعُرُوضِ (ف) إِلَّا أَنْ يَبِيعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عُرُوضِهِ يَنْصِفُ عُرُوضِ الْآخَرِ إِذَا كَانَتْ قِيمَتَاهُمَا عَلَى السَّوَاءِ ، ثُمَّ يَعْقِدَانِ الشَّرِكَةَ وَشَرِكَةُ الْعَيْنِ تَصِحُّ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي الْمَالِ ، وَتَصِحُّ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي الْمَالِ وَالتَّسَاوِي فِي الرَّبْحِ إِذَا عَمِلَا أَوْ شَرَطَا زِيَادَةَ الرَّبْحِ لِلْعَامِلِ ،

مرّ على أصله في ثمنيتها حتى لاتتعين بالتعيين حالة النفاق والرواج. قال (ولاتصحّ بالعروض) لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن ، لأنه لا بد من بيعها ، فإذا باع أحدهما عروضه بألف وباع الآخر عروضه بألف وخمسمائة ومقتضى العقد الشركة في الكيل ، فباأخذه صاحب الألف زيادة على الألف ربح مالم يضمن ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن . قال (إلا أن يبيع أحدهما نصف عروضه بنصف عروض الآخر إذا كانت قيمتهما على السواء) فتتقد شركة أملاك (ثم يعقدان الشركة) على قيمتها وهذه شركة العروض ؛ وإن اشتركا على أن يبيع كل واحد منهما عروضه ويكون ثمنه بينهما لايحوز لما تقدم . وتصحّ الشركة بالكيل والموزون والمعدود المتفاوت إذا خلطا واتحد الجنس ، وما ربحا لهما والوضيعة عليهما . وذكر الكرخي أن عند أبي يوسف رحمه الله : هي شركة أملاك لأنها ليست بأثمان فلا يصحّ التفاضل في الربح . وعند محمد : تصحّ شركة عقد بالخلط لأنها تصلح ثمنا لوجوبها دينا في الذمة ، إلا أن قبل الخلط لاتتحقق الوكالة ، فإنه لو قال له : اشتر بحنطتك شيئا على أن يكون بيننا لايصحّ ، لأن توكيل الغير ببيع ملك نفسه لايحوز ، وبعد الخلط تتحقق الوكالة فصحت الشركة . قال (وشركة العنان تصحّ مع التفاضل في المال) إلا أنها لاتقتضى المساواة فيحوز أن يشتركا في عموم التجارات وفي خصوصها ويبيع مالها لأنها تنبئ عن الحبس ، يقال : عن الرجل إذا حبس ، والعين محبوس عن النساء ، والعنان يحبس الدابة عن بعض الإطلاق ، فكان شريك العنان حبس بعض ماله عن الشركة ، أو حبس شريكه عن بعض التجارات في ماله ، وتعتبر قيمة رأس المالين مختلفين يوم الشركة ، لأنه إنما يستحقّ زيادة الربح بالشرط يوم الشركة ، ويعتبر قيمتهما يوم الشراء ليعرف مقدار ملكهما في المشتري ، لأن حقهما ينتقل إلى المشتري بالشراء ، ويعتبر قيمتهما يوم القسمة أيضا ، لأن عند القسمة يظهر الربح . قال (وتصحّ مع التفاضل في المال والتساوي في الربح إذا عملا أو شرطا زيادة الربح للعامل) وقال زفر : لاتصحّ المساواة في المال والتفاوت في الربح ولا على العكس ، ولا يحوز إلا أن يكون الربح على قدر رأس المال ، لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن كالمفاوضة ، ولأنه لايحوز اشتراط الوضيعة هكذا فكذا الربح . ولنا قول على رضي الله عنه : الربح على ما اشترط المتعاقدان ، والوضيعة على المال . ولأن الربح كما يستحقّ بالمال يستحقّ بالعمل

وإذا تساوى في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضعية فالربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالكين ، وتنعقد على الوكالة ، ولا تنعقد على الكفالة ولا تصح فيها لاتصح الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش ، وما جمعه كل واحد منهما فهو له ، فإن أعانه الآخر فله أجر مثله ، وإن هلك المالكان أو أحدهما في شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة . وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا ، ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن ، وإن هلك أحد المالكين ثم اشترى أحدهما فالمشترى لصاحب المال خاصة ،

كالمضارب ، فان أحدهما قد يكون أعرف بأمور التجارات وأهدى إلى البياعات فلا يرضى بالمساواة (وإذا تساوى في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضعية ، فالربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالكين) قال صلى الله عليه وسلم « الربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالكين » من غير فصل ، ولأننا جوزنا اشتراط زيادة الربح بمقابلة العمل تقديرا . أما زيادة الوضعية فلا وجه لها ، وصار كما إذا شرطا الوضعية على المضارب فانه لا يصح كذلك هنا . قال (وتنعقد على الوكالة) لما مر (ولا تنعقد على الكفالة) لأنها إنما ثبتت في المفاوضة قضية للمساواة ولا مساواة هنا . قال (ولا تصح فيها لاتصح الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش) لأن الوكالة في ذلك باطلة لأنها مباحة ، لأن الآخذ يملكه بدون التوكيل فيكون فاعلا لنفسه ، ومن ذلك اجتناء الثمار من الجبال والاصطياد وحفر المعادن وأخذ الملح والحصن والكحل وغيرها من المباحات (وما جمعه كل واحد منهما فهو له) دون صاحبه لأنه مباح سبقت يده عليه (فان أعانه الآخر فله أجر مثله) بالغا ما بلغ لأن الشركة متى فسدت صارت لإجارة فاسدة ، ولو استأجره في ذلك بنصف المجموع كان له أجر المثل بالغا ما بلغ كذلك هنا . وقال أبو يوسف : له أجر مثله لا يجاوز به نصف الثمن تحقيقا للفائدة ، وهذه الشركة فاسدة . قال (وإن هلك المالكان أو أحدهما في شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة) أما إذا هلكا فلأن المعقود عليه المال وأنه يتعين فيها كالمهبة والوصية وقد هلك فيبطل العقد كالبيع ، وأما إذا هلك أحدهما فلأن الآخر ما رضى بشركة في ماله إلا ليشركه في ماله أيضا ، وقد فانت الشركة في الهالك فيفوت الرضى فيبطل العقد . قال (وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا) لانعقاد الشركة وقت الشراء (ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن) لأنه اشترى له بالوكالة ونقد الثمن من ماله فيرجع عليه لما مر (وإن هلك أحد المالكين ثم اشترى أحدهما فالمشترى لصاحب المال خاصة) لأن الوكالة بطلت بهلاك أحد المالكين كما تقدم فيكون

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَا لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً مِنَ الرَّبْحِ ، وَلِشَرِيكَ الْعِنَانِ وَالْمُفَاوِضِ أَنْ يُوَكَّلَ وَيُبْذَعَ وَيُضَارَبَ وَيُودَعَ وَيَسْتَأْجَرَ عَلَى الْعَمَلِ ، وَهُوَ أَمِينٌ فِي الْمَالِ . وَشَرِكَةُ الصَّنَائِعِ : أَنْ يَشْتَرِكَ صَانِعَانِ اتَّفَقَا فِي الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتَلَفَا عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلَا الْأَعْمَالَ وَيَكُونُ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا فَيَجُوزُ ، وَمَا يَتَقَبَّلُهُ أَحَدُهُمَا يَلْزَمُهُمَا ، فَيُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْعَمَلِ وَيُطَالَبُ بِالْأَجْرِ .

مشتريا لنفسه خاصة ، وإن كانا نصبا على الوكالة في عقد الشركة كان المشتري بينهما على ما شرطا وتكون شركة أملاك ، لأن الشركة بطلت لما بيننا ، والمشتري بحكم الوكالة المصرح بها لا يحكم الشركة المعقودة فكانت شركة أملاك ، ويرجع عليه بحصته من الثمن لما مر . قال (ولا يجوز أن يشترطا لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه لا يربح ما سمي أو يربح ذلك لا غير فبطلت الشركة فكان شرطا مبطلا للشركة فلا يجوز . قال (ولشريك العنان والمفاوض أن يوكل ويبيع ويضارب ويودع ويستأجر على العمل) لأن كل ذلك من أفعال التجار (وهو أمين في المال) لأنه قبضه من المالك بآذنه وليس له أن يشارك ، لأن الشيء لا يستتبع مثله ، فلو شارك المفاوض عنانا جاز عليهما لأنه دون المفاوضة ، ولو غاوضه جاز بلأذن شريكه ، فإن لم يأذن ينعقد عنانا لأن الشيء لا يستتبع مثله ، فإذا أجاز للمفاوضة كانت شركة مبتدأة وإلا فهي عنان لأنه لا بد له من الاستعانة بغيره وهذا دونه فيجوز كالمضارب له أن يوكل وليس له أن يضارب . قال (وشركة الصنائع) وتسمى شركة الثقل ، وهي (أن يشترك صانعان اتفقا في الصنعة أو اختلفا على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز) وقال زفر : لا يجوز مع اختلاف العمل لأن الشركة تنبئ عن الخلطة ولا اختلاط مع الاختلاف . ولنا أنها شركة في ضمان العمل وفيما يستفاد به وهو الأجر لا في نفس العمل ، والوكالة فيه ممكنة ، لأن ما يتقبل كل واحد منهما من العمل فهو أصيل في نصفه وكيل في نصفه ، وبذلك تتحقق الشركة ؛ ولو استويا في العمل وتفاضلا في المال جاز أيضا ، لأن الأجرة بدل عملهما ، وأنهما يتفاوتان فيكون أحدهما أجود عملا وأحسن صناعة فيجوز ؛ والقياس أن لا يجوز لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، لأن الضمان يقدر العمل فالزيادة عليه زيادة ربح ما لم يضمن . قلنا المأخوذ هنا ليس بربح ، لأن الربح يقتضي المجانسة بينه وبين رأس المال ولا مجانسة ، لأن رأس المال هو العمل والربح مال فكان بدل العمل على ما بيننا . قال (وما يتقبله أحدهما يلزمهما فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالب بالأجر) استحسانا . والقياس أنه لا يلزم شريكه ، لأن ذلك مقتضى المفاوضة والشركة هنا مطلقة ؛ وجه الاستحسان أن هذه الشركة تقتضي الضمان حتى كان

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ جَائِزَةٌ ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِمَا وَيَبِيعَا ، وَتَتَعَقَّدُ عَلَى الْوَكَالَةِ ؛ وَإِنْ شَرَطَا أَنْ الْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا فَالرَّبْحُ كَذَلِكَ ، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِ ؛ وَإِنْ اشْتَرَا وَلِأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَلِلْآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي الْمَاءَ لَا يَصْبَحُ ، وَالْكَسْبُ لِلْعَامِلِ ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةُ بَغْلٍ الْآخَرِ أَوْ رَاوِيَتِهِ ؛ وَالرَّبْحُ فِي الشَّرِكَةِ الْفَاسِدَةِ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ وَيَبْطُلُ شَرْطُ الزِّيَادَةِ . وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ ، وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ فَأَدَّىا مَعَ ضَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ . ، وَإِنْ أَدَّىا مُتَعَاقِبًا ضَمَنِ الثَّانِي لِلأَوَّلِ عِلْمٌ بِأَدَائِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ .

ما يقبله كل واحد منهما مضمونا على الآخر، ويستوجب الأجر بما تقبله شريكه فكان كالمتفاوضة في ضمان الأعمال والمطالبة بالأبدال . قال (وشركة الوجوه جائزة) وتسمى شركة المتفالمين (وهي أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) سميت بذلك لأن الشراء بالنسيئة إنما يكون لمن له وجهة عند الناس ، والتعامل بذلك جائزين للناس من غير نكير . قال (وتنعقد على الوكالة) لأن التصرف على الغير إنما يجوز بوكالته إذ لا ولاية عليه وهذا عند الإطلاق ، ولو شرط الكفالة أيضا جاز وتكون مفاوضة لأنه يمكن تحقيق ذلك ، لكن عند الإطلاق يصرف إلى العنان لأنه أدنى . قال (وإن شرط أن المشتري بينهما فالربح كذلك ، ولا تجوز الزيادة فيه) لأن استحقاق الربح بالضمان ، والضمان يتبع الملك في المشتري فيقتدر بقدره . قال (وإن اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي الماء لا يصبغ ، والكسب للعامل) لأن الماء مباح وأخذ لا يستفاد بالوكالة وقد تقدم (وعليه أجره بغل الآخر أو راويته) لأنه قد انتفع بملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجرته . قال (والربح في الشركة الفاسدة على قدر المال ويبطل شرط الزيادة) لأن الربح تبع لرأس المال فيتبعه في الملكية ، والزيادة إنما تستحق بالشرط وقد بطل . قال (وإذا مات أحد الشريكين أو لحق بدار الحرب مرتدًا بطلت الشركة) لتضمنها الوكالة ، وهي تبطل بذلك على ما مر . قال (وليس لأحد الشريكين أن يؤدِّي زكاة مال الآخر إلا بإذنه) لأن ذلك ليس بداخل في الشركة لأنه ليس من التجارة (فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه فأدَّىا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه ، وإن أَدَّىا متعاقبا ضمن الثاني للأول علم بأدائه أو لم يعلم) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعنه إن لم يعلم لا يضمن وهو قولهما ، لأنه مأثور بالدفع إلى الفقير وقد فعل . وله أنه مأثور بالدفع إليه زكاة ، والمدفوع لم يقع زكاة فكان مخالفا ، ولأنه أمره بأداء يخرج به عن العهدة ولم يوجد فكان مخالفا فيضمن ، والله أعلم .

كتاب المضاربة

المُضَارِبُ شَرِيكُ رَبِّ الْمَالِ فِي الرَّبْحِ وَرَأْسُ مَالِهِ الضَّرْبُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِذَا سَلَّمَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَيْهِ فَهُوَ أَمَانَةٌ ، فَإِذَا تَصَرَّفَ فِيهِ فَهُوَ وَكِيلٌ ،

كتاب المضاربة

وهي مفاعلة من الضرب ، وهو السير في الأرض ، قال الله تعالى ؛ وإذا ضربتم في الأرض - الآية ، وسمى هذا النوع من التصرف مضاربة لأن فائدته وهو الربح لا تحصل غالبا إلا بالضرب في الأرض ، وهي بلغة الحجاز مقارضة ، وإنما اخترنا المضاربة لموافقتها نص القرآن ، وهو قوله تعالى - وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله - أى يسافرون للتجارة ، وهو عقد مشروع بالآية وبالسنة ، وهو ما روى أن العباس كان يدفع ماله مضاربة ، ويشترط على مضاربه أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة (١) فان فعل ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وأجازه ، وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتعاملونه فأقرهم عليه . وعن عمر رضى الله عنه أنه دفع مال اليتيم مضاربة وعليه الإجماع ، ولأن للناس حاجة إلى ذلك لأن منهم الغنى الغنى عن التصرفات ، والفقر الذكى العازف بأنواع التجارات ، فست الحاجة إلى شرعيته تحصيل المصلحتها . وتعتقد بقوله دفعت هذا المال إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة ، أو خذ هذا المال واعمل فيه على أن لك نصف الربح أو ثلثه ، أو قال : خذ هذه الألف واعمل بها بالنصف أو بالثلث استحسانا ، لأن البيع والشراء صار مذكورا بذكر العمل ، والنصف متى ذكر عقيب البيع والشراء يراد به النصف من الربح عرفا وأنه كالمشروط ، ولو قال : خذ هذا المال بالنصف كان مضاربة استحسانا عملا بالعرف . وشرائطها خمسة : أحدها أنها لا تجوز إلا بالتقدين . الثانى : إعلام رأس المال عند العقد ، إما بالإشارة أو بالتسمية ، ويكون مسلما إلى المضارب . الثالث : أن يكون الربح شائعا بينهما : الرابع : إعلام قدر الربح لكل واحد منهما . الخامس : أن يكون المشروط للمضارب من اربح ، حتى لو شرطه من رأس المال أو منهما فسدت على ما يأتيك إن شاء الله تعالى

قال (المضارب شريك رب المال في الربح ، ورأس ماله الضرب في الأرض) لأنه لو لم يكن شريكه في الربح لا يكون مضاربة على ما بينته إن شاء الله . قال (فإذا سلم رأس المال إليه فهو أمانة) لأنه قبضه بإذن المالك (فإذا تصرف فيه فهو وكيل) لأنه تصرف

(١) قوله كبد رطبة : المراد بها المواشى

فإذا ربح صار شريكا ، فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض (ف) ، وإن شرط لرب المال فهو بضاعة ، وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة ، وإذا خالف صار غاصبا ، ولا تصح إلا أن يكون الربح بينهما مشاعا ، فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت ، والربح لرب المال ، وللمضارب أجر مثله ، واشترط الوضعية على المضارب باطل ، ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب ، وللمضارب أن يبيع ويشترى بالتقدي والنسيئة ويؤكل ويسافر ويضيع ، ولا يضارب إلا باذن رب المال ، أو بقوله : اعمل برأيك ،

فيه بأمره (فإذا ربح صار شريكا) لأنه ملك جزءا من الربح (فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض) لأن كل ربح لا يملك إلا بملك رأس المال ، فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال ، ثم قوله مضاربة شرط لردّه فيكون قرضا (وإن شرط لرب المال فهو بضاعة) هذا معناها عرفا وشرعا (وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة) لأنه عمل له بأجر مجهول فيستحق أجر مثله لما مر (وإذا خالف صار غاصبا) لأنه تصرف في ملك الغير بغير رضاه فكان غاصبا ، ولا تصح إلا بما تصح به الشركة . قال (ولا تصح إلا أن يكون الربح بينهما مشاعا ، فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت) لما مر في الشركة ، وكذا كل شرط يوجب الجهالة في الربح يفسدها لاختلال المقصود (والربح لرب المال) لأن الربح تبع للمال لأنه نماؤه (وللمضارب أجر مثله) لأنها فسدت ولا يتجاوز به المسمى عند أبي يوسف ، وهو نظير مامر في الشركة الفاسدة ، وهكذا كل موضع لا تصح فيه المضاربة ، وتجب الأجرة وإن لم يعمل لأن الأجير يستحق الأجرة بتسليم نفسه وقد سلم . وعن أبي يوسف أنه لا يستحق حتى يربح كالصحيحة ، والمال أمانة كالصحيحة ، أو لأنه أجير خاص . قال (واشترط الوضعية على المضارب باطل) لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : الربح على ما اشترطوا عليه ، والوضعية على المال ولأنه تصرف فيه بأمره فصار كالوكيل . قال (ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب) لأنه لا يقدر على العمل إلا باليد ، فيجب أن تخلص يده فيه وتنقطع عنه يد رب المال : قال (وللمضارب أن يبيع ويشترى بالتقدي والنسيئة ويؤكل ويسافر ويضيع) وأصله أن المضارب مأمور بالتجارة ، فيدخل تحت الإذن كل ما هو تجارة أو ما لا بد للتجارة منه : كالبيع والشراء والباقي من أعمال التجارة ، وكذلك الإيداع لأنها دون المضاربة فيدخل تحت الأمر . قال (ولا يضارب إلا باذن رب المال ، أو بقوله : اعمل برأيك) لأن الشيء لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة فاحتاج إلى التنصيص أو مطلق التفويض ، إلا أنه ليس

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى الْبَلَدَ وَالسَّلْعَةَ وَالْمُعَامِلَ الَّذِي عَيْنُهُ رَبُّ الْمَالِ ، وَإِنْ وَقَّتْ لَهَا وَقْتًا بَطَلَتْ بِمُضِيِّهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ ، وَلَا يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ،

له الإقراض لأن الإطلاق فيها هو من أمور التجارة لا غير . قال (وليس له أن يتعدى البلد والسلعة والمعامل الذي عينه رد المال) لما روينا من حديث العباس رضي الله عنه وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه دفع المال مضاربة وقال : لا تسلف مالنا في الحيوان ، ولأنها وكالة ، وفي التخصيص فائدة فبتخصص ، ولو خالفه كان مشترى لنفسه وربحه له ، لأنه لما خالف صار غاصبا فأخذ حكم الغصب ، ثم قيل يضمن بنفس الإخراج من البلد لوجود المخالفة ، وقيل لا يضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده إلى البلد قبل الشراء ، فإذا عاد زال الضمان وصار مضاربة على حاله بالعقد الأول كالمودع إذا خالف ثم عاد .

والمضاربة نوعان : عامة ، وخاصة . فالعامة نوعان : أحدهما أن يدفع المال إليه مضاربة ولم يقل له اعمل برأيك ، فيملك جميع التصرفات التي يحتاج إليها في التجارة ويدخل فيه الرهن والارتهان والاستئجار والخط بالعيب والاحتيايل بمال المضاربة ، وكل ما يعمله التجار غير التبرعات والمضاربة والشركة والخلط والاستدانة على المضاربة ، وقد مر الوجه فيه . والثاني أن يقول له : اعمل برأيك ، فيجوز له ما ذكرنا من التصرفات والمضاربة والشركة والخلط لأن ذلك مما يفعله التجار ، وليس له الإقراض والتبرعات لأنه ليس من التجارة فلا يتناوله الأمر . والخاصة ثلاثة أنواع : أحدها أن يخصه ببلد فيقول : على أن تعمل بالكوفة أو بالبصرة . والثاني أن يخصه بشخص بعينه بأن يقول : على أن تبع من فلان وتشترى منه ، فلا يجوز التصرف مع غيره لأنه قيد مفيد لحواز وثوقه به في المعاملات . الثالث أن يخصه بنوع من أنواع التجارات بأن يقول له : على أن تعمل به مضاربة في البز أو في الطعام أو في الصرف ونحوه ، وفي كل ذلك يتقيد بأمره ولا يجوز له مخالفته لأنه مقيد وقد مر الوجه فيه ، ولو قال : على أن تعمل بسوق الكوفة فعمل في موضع آخر منها جاز لأن أماكن المصر كلها سواء في السفر والنقد والأمن ؛ ولو قال : لا تعمل إلا في سوق فعمل في غيره ضمن لأنه صرح بالنهي ؛ ولو دفع المال مضاربة في الكوفة على أن يشتري من أهلها فاشترى من غيرهم فيها جاز لأن المقصود المكان عرفا ؛ وكذلك لو دفعه مضاربة في الصرف على أن يشتري من الصيارفة ويبيعهم فاشترى من غيرهم جاز لأن المراد النوع عرفا . قال (وإن وقت لها وقتا بطلت بمضيه) لأن التوقيت مقيد وهو وكيل فيتقيد بما وقته كالتقييد بالنوع والبلد . قال (وليس له أن يزوجه عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وهو على الخلاف الذي مر في المأذون . قال (ولا يشتري من يعتق على رب المال) لأنه يعتق

فإن فعلَ ضمينه ، ولا من يعتق عتقه إن كان في المال ربح ، فإن لم يكن في المال ربح فاشترى من يعتق عليه صح البيع ، فإن ربح عتق نصيبه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال ؛ فلو دفع إليه المال مضاربة وقال : مارزق الله بيننا نصفان وأذن له في الدفع مضاربة ، فدفع إلى آخر بالثلث فنصف الربح لرب المال بالشرط ، والسدس للأول ، والثلث للثاني ، وإن دفع الأول إلى الثاني بالنصف فلا شيء له ، وإن دفعه على أن للثاني الثلثين ضمن الأول للثاني قدر السدس من الربح ؛ ولو قال : مارزقك الله فلي نصفه فما شرطه للثاني فهو له ، والباقي بين رب المال والمضارب الأول نصفان ؛

عليه فتبطل المضاربة ، وهو إنما وكله بالتصرف في المال لا بإبطال العقد (فإن فعل ضمينه) معناه صار مشتريا لنفسه فيضمن الثمن كالوكيل بالشراء إذا خالف . قال (ولا من يعتق عليه إن كان في المال ربح) لأنه يملك نصيبه فيعتق عليه فيفسد الباقي أو يعتق فيمتنع التصرف فيه ، فإن اشتراه كان مشتريا لنفسه فيضمن الثمن لأنه أداه من مال الغير . قال (فإن لم يكن في المال ربح فاشترى من يعتق عليه صح البيع) لعدم المانع (فإن ربح عتق نصيبه) لأنه ملك قريبه ولا ضمان عليه لأنه عتق بالربح لا بصنعه (ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال) لأن ماليته صارت محبوسة عنده فيسعى كالعبد الموروث إذا عتق على أحد الورثة يسعى في نصيب الباقي . قال (فلو دفع إليه المال مضاربة وقال : مارزق الله بيننا نصفان وأذن له في الدفع مضاربة ، فدفع إلى آخر بالثلث فنصف الربح لرب المال بالشرط ، والسدس للأول ، والثلث للثاني) لأنه لما شرط رب المال لنفسه النصف بقي النصف للمضارب ، فلما شرط الثلث للثاني انصرف تصرفه إلى نصيبه فيبقى له السدس ويطلب له كأجير انحياط (وإن دفع الأول إلى الثاني بالنصف فلا شيء له) لأنه جعل نصفه للثاني فلم يبق له شيء ، كمن استأجره لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بدرهم (وإن دفعه على أن للثاني الثلثين ضمن الأول للثاني قدر السدس من الربح) لأنه ضمن للثاني ثلثي الربح وبعضه وهو النصف ملكه وبعضه وهو السدس ملك رب المال فلا ينفذ لأنه إبطال ملك الغير لكن التسمية صحيحة لكونها معلومة في عقد يملكه ، وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء ، وصار كمن استأجر خياطا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الخياط غيره ليخيطه بدرهم ونصف (ولو قال : مارزقك الله فلي نصفه ، فما شرطه للثاني فهو له) عملا بالشرط لأنه ملكه من جهة رب المال (والباقي بين رب المال والمضارب الأول نصفان)

وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَنْ مَارَزَقَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ قَدَقَعَهُ إِلَى آخِرِ النِّصْفِ قَدَقَعَهُ
الثَّانِي إِلَى ثَالِثِ الثُّلُثِ فَالنِّصْفُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَلِلثَّالِثِ الثُّلُثُ ، وَلِلثَّانِي السُّدُسُ
وَلَا شَيْءَ لِلأَوَّلِ ،

لأن رب المال جعل لنفسه نصف ما رزقه الله ، وإنما رزقه نصف الربح سيكون بينهما
نصفان ؛ وكذلك إذا قال ؛ ماربحت أو كسبت أو رزقت أو ما كان لك فيه من فضل
أو ربح فهو بيننا نصفان ، فانه ينطلق إلى ما بعد ما شرط للثاني لما بينا (ولو قال : على أن
ما رزق الله بيننا نصفان فدفعه إلى آخر بالنصف فدفعه الثاني إلى ثالث بالثلث فالنصف
لرب المال ، وللثالث الثلث ، وللثاني السدس ولا شيء للأول) لأنه لما شرط النصف
للثاني وانصرف إلى نصيبه لما بينا فلم يبق له شيء والباقي على ما شرطاه لما بينا . وإذا لم يؤذن
للمضارب في الدفع مضاربة فدفعه إلى غيره مضاربة صمن عند زفر لوجود المخالفة ،
وقالا : لا يضمن ما لم يعمل لأن الدفع لا يقرر مضاربة إلا بالعمل ، وقال أبوحنيفة :
لا يضمن ما لم يربح لما بينا في أول الباب أن الدفع قبل العمل أمانة وبعد العمل مباذعة وهو
يملك ذلك ، فإذا ربح صار شريكا في المال فيضمن كما إذا خلط بمال آخر ولا ضمان على
الثاني لأن فعله يضاف إلى الأول ، لأنه هو الذي أثبت له ولاية التصرف ، فان استهلكه
الثاني فالضمان على الأول خاصة ، وعندهما يضمن الثاني وهو نظير مودع المودع ، والأشهر
أنه يخير ههنا فيضمن أيهما شاء الأول لما بينا والثاني لإبطاله حق رب المال فكان متعديا
في حقه ، ولو كانت المضاربة فاسدة لاضمان عليه لأن الثاني أجبر فيه ، وله أجر مثله فلا
يكون شريكا ، ولو دفع المال إلى رجلين مضاربة بالنصف وقال : اعملوا برأيكما ، أو لم
يقبل فليس لأحدهما أن ينفرد لأن التجارة يحتاج فيها إلى الرأي ، فان عمل أحدها بنصف
المال بغير أمر صاحبه ضمن النصف ، وإن عمل بأمر الآخر لم يضمن لأنه كالوكيل عنه ،
وما ربح نصفه لرب المال ونصفه بينهما نصفان

فصل

ونفقة المضارب في مال المضاربة ما دام في سفره حتى يعود إلى مصره ، وإن كان
ما دون مدة السفر إذا كان لا يبيت بأهله ، وإن كان يبيت فلا نفقة له ، وكذا لانتفقة له
ما دام في مصره ، لأن النفقة جزاء الاحتباس ، فإذا كان في مصره لا يكون محتسبا في المضاربة
وفي السفر يكون محتسبا فيها ، وإذا اتخذ مصرا آخر دارا أو تزوج به فهو كمصره ونفقته
في الحاجة الدارة كالطعام والشراب والكسوة وفراش النوم ودابة الركوب وعلفها ومن
يطبخ له ويغسل ثيابه وأجرة الحمام ودهن السراج والخطب ، وتجب نفقة مثله بالمعروف
ونفقة غلمانة ودوابه الذين يعملون معه في المال ، وتحتسب النفقة من الربح ، فان لم يكن

وَتَبْطُلُ الْمُضَارِبَةُ : بِمَوْتِ الْمُضَارِبِ ، وَبِمَوْتِ رَبِّ الْمَالِ ، وَبِرِدَّةِ رَبِّ الْمَالِ ، وَلِحَاقِهِ مُرْتَدًّا ؛ وَلَا تَبْطُلُ بِرِدَّةِ الْمُضَارِبِ ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِعِزِّهِ مَا لَمْ يَعْلَمْ ، فَلَكَوْ بَاعَ وَاشْتَرَى بَعْدَ الْعِزْلِ قَبْلَ الْعِلْمِ نَقَدَ ، فَإِنْ عَلِمَ بِالْعِزْلِ وَالْمَالِ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ لَمْ يَحْزُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ خِلَافَ جِنْسِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَصِيرَ مِنْ جِنْسِهِ ، وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي الْمَالِ دَيُونٌ وَلَيْسَ فِيهِ رِبْحٌ وَكُلَّ رَبِّ الْمَالِ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ أُجْبِرَ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ قَبْلَ الرِّبْحِ ، فَإِنْ زَادَ قَبْلَ رَأْسِ الْمَالِ .

فمن رأس المال ؛ ولو أنفق من مال نفسه أو استدان لنفقته رجع في مال المضاربة ؛ ولو ضارب لرجلين فنفقته على قدر المالين ، ولو كان أحد المالين بضاعة فالجميع على المضاربة لأن السفر واقع لها ، ولو كانت المضاربة فاسدة لانفقة للمضارب لأنه أجبر ونفقة الأجير على نفسه . قال (وتبطل المضاربة بموت المضارب وبموت رب المال) لأنها وكالة وأنها تبطل بالموت لما مر . قال (وبردة رب المال ولحاقه مرتدًا) لأنه موت حكما على ماعرف (ولا تبطل بردة المضارب) لأن ملك رب المال باق ، وعبرة المرتد معتبرة . قال (ولا ينزل بعزله ما لم يعلم) كالوكيل (فلو باع واشترى بعد العزل قبل العلم نفذ) لبقاء الوكالة (فإن علم بالعزل والمال من جنس رأس المال لم يحز له أن يتصرف فيه) لأنه صار أجنبيا بالعزل ولاضرر عليه في ذلك (وإن كان خلاف جنسه فله أن يبيعه حتى يصير من جنسه) لأن له حقا في الربح ، وهو إنما يظهر إذا علم رأس المال ، وإنما يعلم إذا نص (١) وإنما ينص بالبيع ، فإذا نص لا يتصرف فيه ، وموت أحدهما ولحاقه بدار الحرب كالعزل . قال (وإذا افترقا وفي المال ديون وليس فيه ربح وكل رب المال على اقتضاؤها) لأنه وكيل متبرع بالعمل فلا يلزمه الاقتضاء إلا أنه لما كان عاقدا والحقوق ترجع إليه فلا بد من وكالته (وإن كان فيه ربح أجبر على اقتضاؤها) لأن الربح بمنزلة الأجرة فكان أجيرا فيجب عليه تمام العمل . قال (وما هلك من مال المضاربة فن الربح) لأنه تبع كالعفو في باب الزكاة (فإن زاد فن رأس المال) لأن المضارب أمين فلا ضمان عليه ، فان اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال أو بعضه رجع في الربح حتى يستوفى رأس المال ، لأن الربح فضل على رأس المال ، ولا يعرف الفضل إلا بعد سلامة رأس المال فلا يصح قسمته فينصرف الهلاك إليه لما بينا ، ويبدأ أولا برأس المال ثم بالنفقة ثم بالربح الأهم فالأهم ؛ ولو فسخه المضاربة ثم اقتسما الربح ثم عقدا المضاربة فهلك رأس المال لم يتراد

(١) قوله نص ، بفتح النون وتشديد الضاد المفتوحة : أى صار نقدا .

كتاب الوديعة

وَهِيَ أَمَانَةٌ إِذَا هَلَكْتَ مِنْ غَيْرِ تَعَدَّ لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا
بِنَفْسِهِ ، وَمَنْ فِي عِيَالِهِ وَإِنْ نَهَاهُ ،

الربح ، لأن هذه المضاربة جديدة ، والأولى قد انتهت فأنتهى حكمها ، ولو مرّ المضارب على السلطان فأخذ منه شيئا كرها لاضمان عليه ، وإن دفع إليه شيئا ليكفّ عنه ضمن ، لأنه ليس من أمور التجارة ، وكذلك إذا أراد العاشر أن يأخذ منه العشر فصالحه المضارب بشيء من المال حتى كفّ عنه ضمن ، والله عزّ وجلّ أعلم .

كتاب الوديعة

وهي مشتقة من الودع وهو الترك ، يقال : دع هذا : أى اتركه ؛ ومنه المودعة في الحرب : أى أن يترك كلّ واحد من الفريقين الحرب ، وقال عليه الصلاة والسلام « لينهين قوم عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم ثم ليكتبن من الغافلين » أى تركهم الجماعات . ومنه الوداع ، لأن كلّ واحد منهما يترك صاحبه ويفارقه ، أو هي من الحفظ ، قال عليه الصلاة والسلام في حديث وداع المسافر « استودع الله دينك وأمانتك » أى استحفظ الله : أى اطلب منه حفظهما ، فكأن الوديعة ترك عند المودع للحفظ ، ولهذا لا يودع عادة إلا عند من يعرف بالأمانة والديانة . وهو عقد مشروع أمانة لا غرامة ؛ قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستودع غير المخلّ ضمان ، ولا على المستعير غير المخلّ ضمان » ويجب حفظها على المودع إذا قبلها لأنه التزم الحفظ بالعقد ، والوديعة تارة تكون بصريح الإيجاب والقبول وتارة بالدلالة ، فالصريح قوله أودعتك وقول الآخر قبلت ، ولا يتمّ في حقّ الحفظ إلا بذلك ، ويتمّ بالإيجاب وحده في حقّ الأمانة ، حتى لو قال للغاصب أودعتك المغمصوب برئى عن الضمان وإن لم يقبل ، لأن صيرورة المال أمانة حكم يلزم صاحب المال لا غير فيثبت به وحده ؛ فأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من قبوله ، والدلالة إذا وضع عنده متاعا ولم يقل شيئا ، أو قال هذا وديعة عندك وسكت الآخر صار مودعا حتى لو غاب المسالك ثم غاب الآخر فضاع ضمن ، لأنه لإيداع وقبول عرفا . قال (وهي أمانة إذا هلكت من غير تعدّ لم يضمن) لأنه لو وجب الضمان لامتنع الناس من قبولها وفيه من الفساد ما لا يخفى ، ولما روينا من الحديث . قال (وله أن يحفظها بنفسه ومن في عياله وإن نهاه) لأنه التزم أن يحفظها بما يحفظ به ماله ، وذلك بالحرز واليد

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بغيرِهِمْ إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْحَرِيقَ فَيُسَلِّمَهَا إِلَى جَارِهِ ،
أَوْ الْغَرَقَ فَيُلْقِيَهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى ، فَإِنْ خَلَطَهَا بِغَيْرِهَا حَتَّى لَا تَتَمَيَّزَ
ضَمِيمَتُهَا ، وَكَذَا إِنْ أَنْفَقَ بَعْضُهَا ثُمَّ رَدَّ عِوَضَهُ وَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ، وَإِنْ اخْتَلَطَ
بِغَيْرِ صُنْعِهِ فَهُوَ شَرِيكٌ ،

أما الحرز فداره ومنزله وحانوته ، سواء كان ملكا له أو إجارة أو إعارة . وأما اليد فيده
وزوجته وزوجها وأمه وعبدته وأجيرته الخاص وولده الكبير . إن كان في عياله على ما مرَّ
في الرهن ، ولأن المودع رضى بذلك لأنه يعلم أن المودع لابد له من الخروج لمعاشه وأداء
فرائضه ، ولا يمكنه استصحاب الوديعة معه فيتركها في منزله عند من في عياله فلم يكن له
بدن ذلك ، ولهذا لا يصح نهي له لو قال لا تدفعها إلى شخص عينه من عياله ممن لابد له منه ،
فإن لم يكن له عيال سواه لم يضمن ، وإن كان له سواه يضمن لأن من العيال من لا يؤتمن
على المال . قال (وليس له أن يحفظها بغيرهم) لأنه ما رضى بحفظ غيرهم ، فإن الناس
يتفاوتون في الأمانات وصار كالوكيل والمضارب ليس له أن يוכל ولا يضارب لما تقدم
أن الشيء لا يضمن مثله . قال (إلا أن يخاف الحريق فيسلمها إلى جاره ، أو الغرق فيلقها
إلى سفينة أخرى) لأن الحفظ تعين بذلك ، لكن لا يصدق عليه إلا بينة لأنه يدعى سببا
لإسقاط الضمان فيحتاج إلى بينة . قال (فإن خلطها بغيرها حتى لا تتميز ضمنها) عند
أبي حنيفة ثم لاسبيل للمودع عليها والخلط على وجوه : أحدها الجنس بالجنس كالحنطة
بالحنطة ، والشعير بالشعير ، والدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود . والثاني خلط
الجنس بغيره كالحنطة بالشعير ، والخل بالزيت ونحوهما . والثالث خلط المساع بجنسه ،
فعند أبي حنيفة هو استهلاك في الوجوه كلها فيضمنها وينقطع حق المودع عنها ، وعندهما
كذلك في الوجه الثاني ، لأنه استهلاك صورة ومعنى ، والأول عندهما إن شاء شاركه
فيها ، وإن شاء ضمنه ، لأنه إن تعذر أخذ عين حقه لم يتعدّر المعنى فكان استهلاكها من
وجه دون وجه فيختار أيهما شاء . وأما الثالث فعند أبي يوسف يجعل الأقل تبعاً للأكثر
اعتباراً للغالب . وعند محمد هو شركة بينهما بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده
على ما عرف من أصله في الرضاع ، وخلط الدراهم بالدراهم ، والدنانير بالدنانير إذ اذابة
من الوجه الثالث ، لأنه يصير مائعا بالإذابة . وجه قول أبي حنيفة أنه استهلاك من كل
وجه لتعدّر وصوله إلى عين حقه ، والقسمة مترتبة على الشركة فلا تكون موجبة لها ، فلو
أبى المودع الخالط برئ أصلا ، وعندهما يبرأ من الضمان فتتعين الشركة في المخلوط (وكذا
إن أنفق بعضها ثم ردّ عوضه وخلطه بالباقي) فهو استهلاك على الوجه الذي بينا . قال (ولو
اختلط بغير صنعه فهو شريك) بالاتفاق لأنه لا صنع له فيه فلا ضمان عليه فتتعين الشركة .

وَلَوْ تَعَدَّى فِيهَا بِالرُّكُوبِ أَوْ اللَّبَسِ أَوْ الْإِسْتِخْدَامِ أَوْ أَوْدَعَهَا ثُمَّ زَالَ
التَّعْدَى لَمْ يَضْمَنْ ؛ وَلَوْ أَوْدَعَهَا فَهَلَكَتْ عِنْدَ الثَّانِي فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَوَّلِ (سم)
فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَعَلَهَا ثُمَّ عَادَ اعْتَرَفَ ضَمِينَ ؛ وَلِلْمُودِعِ أَنْ يُسَافِرَ
بِالْوَدِيعَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمَثُونَةٌ مَا لَمْ يَنْتَهَ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا ،
وَلَوْ أَوْدَعَا عِنْدَ رَجُلٍ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ثُمَّ حَضَرَ أَحَدُهُمَا يَطْلُبُ نَصِيبَهُ
لَمْ يُؤْمَرْ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ مَا لَمْ يَحْضُرِ الْآخَرُ ،

قال (ولو تعدى فيها بالركوب أو اللبس أو الاستخدام أو أودعها ثم زال التعدى لم يضمن)
لزوال الموجب للضمان ، ويد الأمانة باقية بإطلاق الأمر الأول لأنه لم يرتفع من جهة صاحب
الحق لكن ارتفع حكمه لوجود ما ينافيه ثم زال المنافي فعاد حكم الأمر الأول (ولو أودعها
فهلكت عند الثاني فالضمان على الأول) خاصة . وقال : يضمن أيهما شاء ، لأن الأول
خالف لما بيننا ، والثاني تعدى حيث قبض ملك غيره بغير أمره ، فإن ضمن الأول لا يرجع
على الثاني لأنه ملكه بالضمان مستندا فيكون مودعا ملكه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول
لأنه إنما لحقه ذلك بسببه . ولأبي حنيفة أن التفريط إنما جرى من الأول ، لأن مجرد الدفع
لا يوجب الضمان حتى لو هلك الأول حاضر لا يضمن ، فإذا غاب الأول فقد ترك
الحفظ فيضمن والثاني لم يترك . قال (فإن طلبها صاحبها فجعلها ثم عاد اعترف ضمن)
لأن بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده ، وبالإعتراف بعد ذلك لم يوجد الرد إلى
نائب المالك بخلاف مسئلة المخالفة ثم المرافقة ، لأن يد الوديعة لم ترتفع فوجد الرد إلى يد
النائب ، ولو جعلها عند غير المالك لم يضمن . وقال زفر : يضمن لأنه جحد الوديعة .
ولنا أنه من باب الحفظ لما فيه من قطع الأطماع عنها ، ولأنه ربما يخاف عليها من جعلها
عنده ، وهذا المعنى معدوم إذا جعلها عند المالك ، فإن جعلها ثم جاء بها فقال له صاحبها
دعها وديعة عندك فهلكت ، فإن أمكنه أخذها فلم يأخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد كأنه
أخذها ثم أودعها ، وإن لم يمكنه أخذها ضمن لأنه لم يتم الرد . قال (وللمودع أن يسافر
بالوديعة وإن كان لها حمل ومثونة ما لم ينه إذا كان الطريق آمنا) لإطلاق الأمر ، والغالب
السلامة إذا كان الطريق آمنا ، ولهذا يملكه الوصي والأب ، بخلاف الركوب في البحر ،
لأن الغالب فيه العطب . وقال : ليس له ذلك إلا إذا كان له حمل ومثونة ، لأن الظاهر
عدم الرضا لما يلزمه من مثونة الحمل . قلنا يلزمه ذلك ضرورة امتثال أمره ، فلا اعتبار
به سببا إذا كان من أهل العمود ، ولا بد له من رحلة الشتاء والصيف . قال (ولو أودعا
عند رجل مكيلا أو موزونا ثم حضر أحدهما يطلب نصيبه لم يؤمر بالدفع إليه ما لم يحضر
الآخر) وقال : يدفع إليه نصيبه لأنه سلمه إليه فيؤمر بالدفع إليه عند الطلب لأنه ملكه

فان قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وكذبته المالك ضمن إلا أن يقيم البينة على ذلك أو ينكل المالك عن اليمين ؛ ولو أودع عند رجلين شيئا مما يقسم اقتسامه وحفظ كل منهما نصفه ، وإن كان لا يقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر ؛ ولو قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في الدار لم يضمن ، ولو خالفه في الدار ضمن ، ولو ردّ الوديعة إلى دار مالكيها ولم يسلمها إليه ضمن .

حتى كان له أخذه كالدين المشترك ، وله أن نصيبه في المشاع ولا يمكن دفعه إليه ، لأن الدفع يقع في المعين وهو غير المشاع ؛ وإذا لم يمكن دفعه إليه كيف يؤمر به ، وولاية الأخذ لا تقتضي جواز الدفع . ألا ترى أن المديون لو كان له وديعة عند رجل من جنس الدين فلرب الدين أخذها ، ولا يجوز للمودع الدفع إليه . وأما الدين المشترك فلأنه يؤدى المديون من مال نفسه لما عرف ، ولا اعتبار بضرر الحاضر لأنه لحقه بصنعه حيث أودعه مشاعا ، وغير المكيل والموزون لا يدفع إليه نصيبه بالإجماع . وذكر محمد الخلاف مطلقا والأول أصح ، لأنه لو كان في يد أحدهما وغاب فليس للحاضر أخذ نصيبه فن المودع أولى . قال (فإن قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وكذبه المالك ضمن ، إلا أن أقيم البينة على ذلك أو ينكل المالك عن اليمين) لأنهما تصادقا على الدفع وتجادا في الإذن فيضمن بالدفع إلا بحجة . قال (ولو أودع عند رجلين شيئا مما يقسم اقتسامه وحفظ كل منهما نصفه ، وإن كان لا يقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر) وقالوا : لأحدهما أن يحفظه بأمر الآخر في المسئلتين لأنه رضى بأمانتهما ، فكان لأحدهما أن يسلمها إلى الآخر كالمسئلة الثانية ، وله أن الدافع أودع نصفه بغير أمر المودع فيضمنه ، وهذا لأنه إنما رضى بأمانتهما فكان رضى بأمانة كل واحد منهما في النصف ، لأن إضافة الفعل إليهما تقتضى التبعض كالتعليكات ، إلا أنا جوزناه فيما لا يقسم ضرورة عدم التجزى وعدم إمكان اجتماعهما عليها ، ولأنه لما لم يمكن قسمتها ولا الاجتماع عليهما دائما كان راضيا بذلك دلالة ، وعلى هذا الوكيلان والوصيان والمرتهنان والعدلان في الرهن والمستبضعان (١) . قال (ولو قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في الدار لم يضمن) لعدم تفاوتهما في الحرز إلا أن تكون دارا كبيرة متباعدة الأطراف والبيت الذى نهاه عنه عورة فانه يضمن لأنه مفيد . قال (ولو خالفه في الدار ضمن) لأن الدور تختلف في الحرز فكان مفيدا . قال (ولو ردّ الوديعة إلى دار مالكيها ولم يسلمها إليه ضمن) لأن المالك ما رضى بدفعها إلى داره ولا إلى من في عياله ظاهرا إذ لو رضى بهم لما أودعها ، ولو وضع الثياب في الحمام ولم يقل شيئا

(١) في نسخة أخرى : والمستبضعان .

كتاب اللقيط

وَهُوَ حَرٌّ وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ،

ودخل الحمام ينظر إن كان في الحمام ثيابي يحفظ الثياب فالضمان عليه دون الحمamy لأنه استودعه دلالة ، وإن لم يكن ضمن الحمamy ؛ ولو قال للحمamy : أين أضع الثياب فأشار إلى مكان يضمن الحمamy دون الثيابي لأن الحمamy صار مودعا ؛ ولو وضع الثياب بمحض من الحمamy فخرج آخر ولبسها والحمamy لا يدري أنها ثيابه أم لا ضمن الحمamy ؛ وإن نام الحمamy فسرقت الثياب إن نام قاعدا لم يضمن لأنه لم يترك الحفظ ، وإن نام مضطجعا ضمن والخان كالحمام ، والدابة كالثياب ، والخاني كالحمamy .

قام واحد من أهل المجلس وترك كتابه أو متاعه فالقانون مودعون حتى لو تركوه فهلك ضمنوا ؛ فإن قام واحد بعد واحد فالضمان على آخرهم لأنه تعين حافظا .

كتاب اللقيط

وهو فعيل من اللقط والالتقاط بمعنى مفعول ، ومعناه العثور على الشيء مصادفة من غير طلب ولا قصد . قال الرازي يصف ماء آجنا :

ومنهل وردته التقاطا أخضر مثل الزيت لما شاطا

أى وردته من غير طلب ولا قصد ، شاط الزيت إذا نضج حتى احترق ، وكذلك اللقيط يوجد من غير طلب ، والتقاط صغار بني آدم مفروض إن علم أنه يهلك إن لم يأخذه بأن كان في مفازة أو بر أو مسبعة دفعا للهلاك عنه ، فإن غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان في مصر أو قرية فأخذه مندوب لما فيه من السعي في إحياء نفس محترمة ، قال الله تبارك وتعالى - ومن أحيائها فكأنما أحيانا الناس جميعا - وعن علي رضي الله عنه أنه قال للملتقط : لأن أكون وليت منه مثل ما وليت أنت كان أحب إلي من كذا وكذا .

قال (وهو حر) تبع للدار ، ولأن الأصل في بني آدم الحرية (ونفقته في بيت المال) لما روى عن سنن أبي جميلة قال : وجدت منبوذا على بابي : أى لقيطا ، فأثبت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال لي : عسى الغوير أبوسا (١) نفقته علينا وهو حر . وهذا مثل

(١) قوله عسى الغوير أبوسا : قال في مجمع الأمثال للميداني : الغوير تصغير غار والأبوس جمع بوس وهو الشدة ، وأصل هذا المثل فيما يقال من قول الزباء حين قالت لقومها عند رجوع قصير من العراق وبات بالغوير على طريقه : عسى الغوير أبوسا : أى لعل الشر يأتيكم من قبل الغار . وجاء رجل إلى عمر رضي الله عنه يحمل لقيطا ، فقال عمر :

وَالْحُرُّ وَالْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ وَالذَّمَّى ، وَإِنْ ادَّعَاهُ عَبْدٌ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ حُرٌّ ؛ وَإِنْ ادَّعَاهُ ذِمِّيٌّ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ، إِلَّا أَنْ يَلْتَقِطَهُ مِنْ بَيْعَةٍ أَوْ كَنَيْسَةٍ أَوْ رِيٍّ مِنْ قُرَاهُمْ فَيَكُونُ ذِمِّيًّا ، وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ لَمْ يَقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ؛ وَإِذَا كَانَ عَلَى اللَّقِيطِ مَالٌ فَهُوَ مَشْدُودٌ لَهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِأَمْرِ الْقَاضِي ، وَيَقْبَلُ لَهُ الْهَبَةُ ، وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ ، وَلَا يَزَوِّجُهُ ، وَلَا يُؤَاجِرُهُ .

إلا إذا أقام الآخر البينة لأنها أقوى. قال (والحرّ المسلم أولى من العبد والذميّ) ومعناه إذا ادّعى نسبه حرّ وعبد أو مسلم وذمي فالحرّ أولى من العبد والمسلم أولى من الذميّ ، لأن ذلك أنفع له (وإن ادّعاه عبد فهو ابنه) لأن ثبوت النسب أنفع له (وهو حرّ) لما تقدّم ولا يلزم من رقّ أبيه أن يكون رقيقا ، لأن العبد يتزوج الحرّة (وإن ادّعاه ذمي فهو ابنه) لما مرّ (وهو مسلم) لأن الإسلام ثبت له بالدار وإبطاله لإضرار به ، وليس من ضرورة كون الأب كافرا ك كفر الولد لاحتمال إسلام الأم . قال (إلا أن يلتقطه من بيعه أو كنيسة أو قرية من قراهم فيكون ذميا) لأن الظاهر أن أولاد المسلمين لا يكونون في مواضع أهل الذمة وكذلك بالعكس ، ففي ظاهر الرواية أنه اعتبر المكان دون الواجد كاللقيط إذا وجدته مسلم في دار الحرب . وروى أبو سليمان عن محمد أنه اعتبر الواجد دون المكان لأن اليد أقوى ؛ وفي رواية اعتبر الإسلام نظرا للصغير . قال (ومن ادّعى أنه عبده لم يقبل إلا ببينة) عملا بالأصل ، وإقراره بالرقّ قبل البلوغ لا يقبل ، وبعد البلوغ إن أجرى عليه أحكام الأحرار من قبول شهادته وحدّ قاذفه لم يصحّ وقبل ذلك يصحّ ؛ ولو التقطه مسلم فادّعى نصراني أنه ابنه فهو ابنه وهو مسلم لما تقدّم ، وإن كان عليه زىّ النصراني كالصليب والزناز فهو نصراني ، لأن الظاهر أنه ولد على فراشه ولا اعتبار بالمكان . قال (وإذا كان على اللقيط مال مشدود فهو له) عملا بالظاهر (وينفق عليه منه بأمر القاضي) لعموم ولايته ويصدق عليه في نفقة مثله ؛ وقيل لا يحتاج إلى أمر القاضي لأن المال له فينفق عليه منه ، وله ولاية ذلك فيشتري له ما يحتاج إليه من الكسوة والطعام وغيرها . قال (ويقبل له الهبة) لأنه نفع محض (ويسلمه في صناعة) لأنه من باب التثقيف وفيه منفعة (ولا يزوجه) لأنه لا ولاية له عليه ، وولاية التزويج والبيع والشراء للسلطان لعموم ولايته ، فان زوجه السلطان ولا مال له فالمهر في بيت المال ، وفي النواذر : إذا أمر الملتقط بختان الصبيّ فهلك ضمن لأنه ليس له هذه الولاية . قال (ولا يؤاجره) وهو الأصحّ لأنه لا يملك إتلاف منافعها كالعجم بخلاف الأمّ لأنها تملك ذلك ، ولهذا كان لها إيجارته لنفقته واستخدامه .

كتاب اللقطة

وأخذها أفضل ، وإن خاف ضياعها فواجب ، وهي أمانة إذا أشهد أنه أخذها ليردّها على صاحبها ، فإن لم يشهد ضمّنها ويعرفها مدّة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك .

كتاب اللقطة

وهي كاللقيط في الاشتقاق والمعنى ، وهي بضم اللام وفتح القاف : اسم للمال الملقوط ، وقال بعضهم : هي اسم الملتقط كالضحكة واللمزة والهمزة . فأما المال الملقوط فهو بسكون القاف ، والأوّل أصحّ .

قال (وأخذها أفضل) لثلاث تصل إليها يد خاتئة (وإن خاف ضياعها فواجب) صيانة لحقّ الناس عن الضياع ، وإن كان يخاف على نفسه الطمع فيها وترك التعريف والردّ فالترك أولى صيانة له عن الوقوع في الحرّم . واللقطة : ما يوجد مطروحا على الأرض ما سوى الحيوان من الأموال لا يحافظ له . والضالة : الدابة تضلّ الطريق إلى مربطها وأخذها أفضل لأنّ الغالب في زماننا الضياع ، فإن أخذها وأشهد وعرفها ثم ردّها إلى موضعها لم يضمن . وذكر الحاكم في مختصره : أو ردّها بعد ما حوتها ضمن ، لأنّ بالتحويل التزم الحفظ ، فبالردّ صار مضيعا ولا كذلك قبل التحويل . قال (وهي أمانة إذا أشهد أنه يأخذها ليردّها على صاحبها) وهو أن يشهد عند الأخذ أنه يأخذها للردّ أو يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على (فإن لم يشهد ضمّنها) خلافا لأبي يوسف إذا ادّعى أنه أخذها للردّ لأنّ الظاهر من حاله الحسبة لا المعصية . ولهما أن الأصل أن كلّ متصرّف عاقل إنما يتصرّف لنفسه ، وقد اعترف بالأخذ الذي هو سبب الضمان ثم ادّعى ما يرثه فلا يصدق إلا ببينة ، وإن قال أخذته لنفسى ضمن بالإجماع باقراره ، وإن تصادقا أنه أخذها ليردّها لم يضمن بالإجماع لأنّ تصادقهما كالبينة . قال (ويعرفها مدّة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك) هو المختار ، لأنّ ذلك يختلف بقلة المال وكثرتة . وعن أبي حنيفة إن كانت أقلّ من عشرة دراهم عرفها أياما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا . وعن محمد التقدير بالحول من غير فصل لقوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه حولا من غير فصل » وجه الأوّل ما روى عن أبيّ بن كعب قال « وجدت مائة دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : عرفها حولا » والعشرة وما فوقها في معناها من حيث وجوب القطع في سرقة واستباحة الفرج بها ولا كذلك ما دونها .

فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا إِنْ شَاءَ ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا ، فَإِنْ جَاءَ
وَأَمْضَى الصَّدَقَةَ فَلَهُ ثَوَابُهُ ، وَإِلَّا لَهُ أَنْ يُضْمَنَهُ ، أَوْ يُضْمَنَ الْمِسْكِينُ ،
أَوْ يَأْخُذَهَا إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً ، وَأَيُّهُمَا ضَمِنَ لَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ ، وَلَا يَتَصَدَّقُ
بِهَا عَلَى غَنِيٍّ ، وَيَنْتَفِعُ بِهَا إِنْ كَانَ فَقِيرًا ، وَإِنْ كَانَتْ شَيْئًا لَا يَبْقَى عَرَفَهُ
إِلَى أَنْ يَخَافَ فُسَادَهُ ، وَيُعْرِفُهَا فِي مَكَانِ الْإِلْتِقَاطِ وَجَمَاعَةِ النَّاسِ . وَإِنْ
كَانَتْ حَقِيرَةً كَالنَّوَى وَقُشُورِ الرُّمَّانِ يَنْتَفِعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ،
وَاللِّمَالِكِ أَخْذُهُ ،

وروى الحسن عن أبي حنيفة إن كانت مائتي درهم فافولها مهرتها حولاً ، وفوق العشرة
إلى مائة درهم شهراً ، وفي العشرة جمعة ، وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام ، وفي درهم يوماً ،
وإن كانت تمر ونحوها تصدق بها مكانها ، وإن كان محتاجاً أكلها مكانها قدر لكل
لقطة على قدرها فكانه الأول سواء . والتعريف أن ينادى في الأسواق والشوارع
والمساجد : من ضاع له شيء فليطلب عندي . قال (فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها إن
شاء) إيصالاً للحق إلى مستحقه بقدر الإمكان ، لأن الواجب إيصاله إلى مالكه صورة
ومعنى ، فإذا تعذرت الصورة يوصله إليه معنى وهو الثواب (وإن شاء أمسكها) لاحتمال
مجيء صاحبها (فإن جاء وأمضى الصدقة فله ثوابه) لأنه ماله (وإلا له أن يضمه أو يضم
المسكين أو يأخذها إن كانت باقية) أما تضمينه فلا لأنه سلم ماله إلى غيره بغير أمره ، وإذن
الشرع في ذلك لا يمنع الضمان كأكل مال الغير حال المحضمة . وأما تضمين المسكين فلا لأنه
قبض ماله بغير أمره . وأما أخذها فلا لأنه وجد عين ماله . قال (وأيهما ضمن لا يرجع على
أحد) أما الملتقط فلا لأنه ملكها من وقت التصديق بالضمان فظهر أنه تصدق بماله ، وأما
الفقير فلا لأنه عوض ما وصل إليه . قال (ولا يتصدق بها على غني) لقوله عليه الصلاة
والسلام « فإن لم يأت صاحبها فليصدق بها » والصدقة لا تكون على الغني كالواجبات .
قال (وينتفع بها إن كان فقيراً) كغيره من الفقراء ، ويعطيها أهله إن كانوا فقراء لما مر .
قال (وإن كانت شيئاً لا يبيى) كاللحم واللبن والقواكه الرطبة ونحوها (عرفه إلى أن يخاف
فساده) ثم يتصدق به خوفاً من الفساد وفيه نظر لصاحبها بالثواب دنياً وأخرى (ويعرفها
في مكان الالتقاط وجماع الناس) فهو أجدر أن يصل صاحبها . ويسأل رجل علياً رضي
الله عنه فقال : اذهب حيث وجدتُها فإن وجدت صاحبها فادفعها إليه وإلا فتصدق بها ،
فإن جاء صاحبها فخير بين الأجر والقيمة . قال (وإن كانت حقيرة كالنوى وقشور
الرمّان ينتفع به من غير تعريف) لأن رميها بإباحة للأخذ دلالة . قال (وللمالك أخذه)
لأن الإباحة لا تسقط الملك عن العين خصوصاً لغير معين ، وإن كان كثيراً لم يجز للملتقط

وَمَنْ ادَّعَى اللُّقْطَةَ يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ ، فَانْ أَعْطَى عِلَامَتَهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يُجْبَرُ ، وَلَقُطَّةُ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ .

كتاب الآبق

أَخْذُهُ أَفْضَلُ إِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ الضَّالُّ وَيَدْفَعُهُمَا إِلَى السُّلْطَانِ ، وَيُحْبَسُ الْآبِقُ دُونَ الضَّالِّ ، وَمَنْ رَدَّ الْآبِقَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَبِحَسَابِهِ إِنْ نَقَصَتِ الْمُدَّةُ ،

لو ضاعت اللقطة فوجدتها آخر لا يكون الأول خصما فيها لأنها سواء في الالتقاط وليس كالمستودع ، لأن حفظ الوديعة عليه فله أخذها . قال (ومن ادعى اللقطة يحتاج إلى البينة) لأنها دعوى (فان أعطى علامتها جاز له أن يدفعها إليه ولا يجبر) لجواز أنه عرفها من صاحبها أو رآها عنده ، ولأن حق اليد كالمملك فلا تستحق إلا ببينة كالمملك إلا أنه يجوز له الدفع عند العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام « فان جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها (١) فادعها إليه » فحملناه على الإباحة جمعاً بينه وبين الحديث المشهور « البينة على المدعى » ولو صدقه ودفعها إليه بغير قضاء ثم جاء آخر وأقام البينة فله أن يضمن أيهما شاء ، ولا يرجع القابض على الدافع ، وإن دفعها بقضاء فهو مجبور فيرجع على القابض لا غير . قال (ولقطة الحل والحرم سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة » مطلقاً ، ولأنها لقطة ، وفي التصديق بعد سنة لإبصالها إلى مالكها بقدر الوسع على ما تقدم فيشرع وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام في الحرم « لا تحل لقطته إلا لمنشد » أى لمعرفة والتخصيص بالحرم لثلاثتهم السقوط طمعاً أنها للغرباء .

كتاب الآبق

وهو العبد الهارب ، أبق العبد إذا هرب وتأبق إذا استتر ، ويقال : احتبس الآبق إذا هرب واستتر عن مولاه احتبس عنه . قال (أخذه أفضل إذا قدر عليه) لأنه إحياء له وإبقاء له على ملكه (وكذلك الضال) وقيل ترك الضال (٢) أولى لأنه يقف مكانه فيجده صاحبه بخلاف الآبق . قال (ويدفعهما إلى السلطان) لعجزه عن حفظهما (ويحبس الآبق دون الضال) لأنه يخاف إباق الآبق دون الضال . قال (ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله عليه أربعون درهما وبحسابه إن نقصت المدّة) لما روى عن

(١) قوله عفاصها ، العفاص : بكسر العين : الوعاء . والوكاء بكسر الواو : ما يربط به اله.

(٢) قوله الضال : أى التائه

فان كانت قيمته أقل من أربعين درهما فله قيمته إلا درهما (س) ،
وأُم الولد والمُدبّر كالقن والصبي كالبالغ ، ويتبقي أن يشهد أنه يأخذه
ليردّه ، ولو أبى من يده لا يلزمه شيء ، وإن كان رهنا فالجعل على
المرتهن ، وإن كان جانيا فعلى مولاه إن فداه ، وعلى ولي الجناية إن
أعطاه له ، وحكمه في النفقة كاللقطة .

عمرو بن دينار أنه قال : كان النبي عليه الصلاة والسلام يقول « جعل الآبق أربعون درهما »
 واجتمعت الصحابة على وجوب الجعل لكن اختلفوا في مقداره ، فهم من قال أربعون
 ومنهم من قال دونها ، فقلنا بوجوب الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دون توفيقا
 بين أقوالهم رضى الله عنهم ، ولأن ذلك حامل على رد الآبق وصيانة له عن الضياع إذ
 الحسبة قليلة ، وقوله في نقصان المدة بحسابه أنه مفقوض إلى رأى الإمام ، وقيل يقسط لكل
 يوم ثلاثة عشر درهما وثلاث فيقدر الرضخ بقدره وقيل باصطلاحهما . قال (فان كانت
 قيمته أقل من أربعين درهما فله قيمته إلا درهما) وقال أبو يوسف : له الجعل كاملا لأنه
 منصوص عليه . ولهما أنه إنما شرع ذلك لمصلحة المالك فينقص من قيمته درهم لتحصل له
 الفائدة . قال (وأُم الولد والمُدبّر كالقن) لأنهما في معناه من إحياء الملك (والصبي كالبالغ)
 لأنه مثونة الملك ، ولورده أبوه أو وبنيه فلا جعل لهما لأن الحفظ عليهما وهما يتولين
 ذلك ، وكذلك أحد الزوجين على الآخر ، وكذلك الابن لأن العادة جرت بالرد من هؤلاء
 تبرعا واصطناعا ، ولورد عبد أبيه أو أخيه أو سائر قرابته لاجعل له إن كان في عياله وإن
 لم يكن فله الجعل ، ولو قال لغيره : أبى عبدى إن وجدته فخذة فقال نعم فردّه لاجعل
 عليه ، لأنه وعده برده فصار متبرعا . ردّ أمة ومعها ولدها فله جعل واحد إلا أن يكون
 مراهما فيجب ثمانون درهما ، ولو صالح عن الجعل على عشرين درهما جاز ، ولو صالحه
 على أكثر من أربعين يحط الفضل لأن المستحق أربعون فالزيادة ربا . قال (وينبغي أن
 يشهد أنه يأخذه ليرده) على ما بينا في اللقطة من الاختلاف والتعليل . قال (ولو أبى من
 يده لا يلزمه شيء) لأنه أمانة لأنه مأذون له في أخذه ولا شيء له لأنه ماردة على مالكه .
 قال (وإن كان رهنا فالجعل على المرتهن) لأنه وجب بجناية الرهن وهى في ضمان المرتهن
 ولأنه أحيا ماله وهى حقه ، وإن كان بعضه خاليا عن الدين فعلى المالك بقدره من الجعل
 كما في الفداء في الجناية ، ولأن حقه في القدر المضمون عليه ، ولو كان بين جماعة فالجعل
 عليهم بقدر الأنصبة لأنه مثونة الملك (وإن كان جانيا فعلى مولاه إن فداه ، وعلى ولي
 الجناية إن أعطاه له) لأن منفعة لمن يستقر الملك له والجعل يتبع المنفعة . قال (وحكمه
 في النفقة) في التبرع وإذن القاضي وحسبه بها بعد الرد (كاللقطة) اشترى آبقا فردّه

كتاب المفقود

وَحُكْمُهُ أَنَّهُ حَتَّى فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَمَيِّتٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، وَيُقِيمُ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَسْتَوْفِي غَلَاتِهِ فِيمَا لَا وَكِيلَ لَهُ فِيهِ ، وَيَبِيعُ مِنْ أَمْوَالِهِ مَا يَخَافُ عَلَيْهِ الْهَلَاكُ ، وَيُنْفِقُ مِنْ مَالِهِ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَالِ حُضُورِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ ،

لأجل له لأنه عمل لنفسه ، وإن قال : لم أقدر على رده إلا بالشراء وإنما اشتريته لأرده وأقام البيئة على ذلك فله الجعل لأنه أخذه ليرده وهو متبرع في الثمن ، وإذا حبس السلطان الأبق مدة ولم يحىء له طالب إن شاء باعه وإن شاء أنفق عليه من بيت المال وجعلها ديناً على المالك أو في ثمنه ، ولا يؤجره خوف الإباق . أما الضال يؤجره ولا يبيعه .

كتاب المفقود

المفقود : المعلوم ، وفقدت الشيء : إذا طلبته فلم تجده ، قال الله تعالى - قالوا نفقد صواع الملك - أى طلبناه فلم نجده فقد عدم . وفي الشرع : الذى غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يدر أحيى هو أم ميت ، ولا يعلم له مكان ومضى على ذلك زمان فهو معدم بهذا الاعتبار (وحكمه أنه حتى في حق نفسه) لا تزوج امرأته ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته ، لأن ملكه كان ثابتاً في ماله وزوجته ومنافع ما استأجره ، وغيوبته لا توجب الفرقة والموت محتمل ، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال . وقال عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود « هي امرأته حتى يأتيها البيان » رواه المغيرة بن شعبه . وعن علي رضي الله عنه : إنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق . وروى عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عمر كان يقول : يفرق بينه وبين امرأته إذا مضت أربع سنين ، ثم رجع إلى قول علي . قال (و) هو (ميت في حق غيره) لا يرث ممن مات حال غيبته لأن الحكم ببقائه بناء على استصحاب الحال وأنه يصلح للدفع للاستحقاق . قال (ويقم القاضي من يحفظ ماله ويستوفي غلاته فيما لا وكيل له فيه ، ويبيع من أمواله ما يخاف عليه الهلاك) لأن القاضي نصب لمصالح المسلمين نظراً لمن عجز عن التصرف بنفسه كما قلنا في الصبي والمجنون ، والمفقود عاجز بنفسه فيتصرف له القاضي والنظر له فيما ذكرنا فيقبض ديناً أقر به الغريم ولا يخاصم لأنه وكيل في القبض من جهته وأنه لا يملك الخصومة بالإجماع ، لأن القاضي يلى الحفظ دون الخصومة ، ولا يبيع ما لا يخاف عليه الهلاك لافي نفقة ولا غيرها إذ لا نظر في ذلك . قال (وينفق من ماله على من تجب عليه نفقته حال حضوره بغير قضاء) كزوجته

فان مَضَى لَهُ مِنَ الْعُمُرِ مَا لَا يَعْيشُ أَقْرَانُهُ حُكْمَ بَمَوْتِهِ .

كتاب الخنثى

إِذَا كَانَ لَهُ آلَةٌ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ ، فَانَ بِالْ مِنْ أَحَدَهُمَا اعْتَبِرَ بِهِ ، فَانَ بِالْ مِنْ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلَامٌ ، وَإِنْ بِالْ مِنْ الْفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى ، وَإِنْ بِالْ مِنْهُمَا اعْتَبِرَ بِأَسْبَقِيهِمَا ،

وأولاده وأبويه لأنه إعانة لهم ، وكلّ من لا يستحقها بحضرته إلا بقضاء فانه لا ينفق عليه كالأخ والأخت ونحوهما لأنه قضاء على الغائب ، والمراد بقوله : من ماله النقدان لأنهما قيمة ما يستحقون من المطعوم والمشروب والملبوس ، ولو كان له من جنس ما يستحقونه دفعه إليهم ، وإن كان ماله ديناً أو ودعة ، فان اعترف المديون والمودع بالمال والزوجة والنسب أنفق عليهم منه ، وإن كان ذلك ثابتاً عند القاضي فلا حاجة إلى اعترافهم ، وإن ثبت عند القاضي بعض ذلك يشترط اعترافهما بالباقي ، ولو أنفق المديون والمودع عليهم بغير إذن القاضي ضمنّا لأنهما ما أوصلا الحق إلى مالكه ولا نائبه . قال (فان مضى له من العمر ما لا يعيش أقْرانُهُ حكم بموته) وهو الأقيس على قول أبي حنيفة لاختلاف الأعمار باختلاف الأزمان . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بمائة وعشرين سنة . وعن أبي يوسف مائة سنة ، وقيل تسعين سنة ، وهو غاية ما تنتهي إليه أعمار أهل زماننا في الأعم الأغلب ، وهو الأرفق لأن في التفحص عن موت الأقْران حرجاً ، وباقى مسائل المفقود تأتي في الفرائض إن شاء الله تعالى .

كتاب الخنثى

وهو مشتق من التخنث وهو التكسر ، يقال : اطو الثوب على أخنثائه : أى على تكسره ومطاويه ، وسمى الخنثى لأنه تكسر وتنقص حاله عن حال الرجال ، ويفوق على حال النساء حيث كان له آلة الرجال والنساء . وقال عمر النسفي : أو ليس له هذا ولا هذا ويخرج حدثه من دبره أو من سرتة . وذكر في المسمى قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا خرج البول من سرتة وليس له قبل ولا ذكر لا أدرى ما يقول في هذا (إذا كان له آلة الرجل والمرأة ، فان بال من أحدهما اعتبر به ، فان بال من الذكر فهو غلام ، وإن بال من الفرج فهو أنثى) لأن ذلك دليل على أن الآلة التي يخرج منها هي الأصل والأخرى عيب وسئل صلى الله عليه وسلم كيف يورث ؟ فقال : « من حيث يبول » ومثله عن علي رضي الله عنه وهكذا كان حكمه في الجاهلية فأقره الإسلام . قال (وإن بال منهما اعتبر بأسبقهما)

فان بالَ مِنْهُمَا مَعَا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكَلٌ ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْكَثَرَةِ (سم) ، فَإِذَا بَلَغَ فَظَهَرَتْ لَهُ أُمَارَاتُ الرِّجَالِ فَهُوَ رَجُلٌ ، وَإِنْ ظَهَرَتْ لَهُ أُمَارَاتُ النِّسَاءِ فَهُوَ امْرَأَةٌ ، فَاِنْ لَمْ تَظْهَرِ الْأُمَارَاتَانِ أَوْ تَعَارَضَتَا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكَلٌ .

فَإِذَا حُكِمَ بِكَوْنِهِ خُنْثَى مُشْكَلًا يُؤْخَذُ فِيهِ بِالْأَحْوَطِ وَالْأَوْثَقِ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ فَيُورَثُ أَحْسَنُ السَّهْمَيْنِ وَيَقِفُ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فِي الصَّلَاةِ ، وَإِنْ صَلَّى فِي صَفِّ النِّسَاءِ أَعَادَ ، وَلَوْ صَلَّى فِي صَفِّ الرِّجَالِ يُعِيدُ مَنْ عَنْ يَمِينِهِ وَيَسَارِهِ وَمَنْ خَلْفَهُ بِحِدَائِهِ ، وَيُصَلِّي بِقِنَاعٍ ، وَلَا يَلْبَسُ الْحُلِيَّ وَالْحَرِيرَ ، وَلَا يَخْلُو بِهِ غَيْرُ مُحْرَمٍ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ ، وَلَا يُسَافِرُ بِغَيْرِ مُحْرَمٍ ، وَتُبْتَاعُ لَهُ أُمَةٌ تَحْتِنُهُ ،

لأنه دلالة على أنه العضو الأصلي (فان بال منهما معا فهو خنثى مشكل ولا معتبر بالكثرة) وقال : يعتبر أكثرهما بولا ، لأن للأكثر حكم الكل ولأنه علامة أخرى على الأصالة والقوة ، وله أن الكثرة تكون لاتساع المخرج ، ولا دلالة فيه على الأصالة فان استويا في القدر فهو مشكل بالإجماع لعدم المرجح . قال (فاذا بلغ فظهرت له أمارات الرجال فهو رجل) وذلك كاللحية ومجامعة النساء والاحتلام من الذكر لأن هذه علامة تخص الرجال (وإن ظهرت له أمارات النساء فهو امرأة) كالحيض والحبل ونزول الثدي واللبن فيه والجماع في الفرج لأن هذه علامات تخص النساء . قال (فان لم تظهر الأمارتان أو تعارضتا فهو خنثى مشكل) قال الطحاوي : قال محمد : الإشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا إشكال . قال النسفي : وليس يخلو إذا بلغ من بعض هذه العلام .

فصل

(فاذا حكم بكونه خنثى مشكلا يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق من أمور الدين) فلا يحكم بما وقع الشك في ثبوته ، ويرجح المحرم على المباح (فيورث أحسن السهمين) ويعرف بيانه في الفرائض إن شاء الله تعالى (ويقف بين صف الرجال والنساء في الصلاة) لأنه إن كان رجلا لا يجوز وقوفه في صف النساء لثلاث تفسد صلاته ، ولو كان امرأة لا يجوز وقوفها في صف الرجال لثلاث تفسد صلاتهم فيقف بينهما . قال (وإن صلى في صف النساء أعاد) لجواز أن يكون رجلا (ولو صلى في صف الرجال يعيد من عن يمينه ويساره ومن خلفه بحذائه) لاحتمال أنه امرأة . قال (ويصلى بقناع) لاحتمال أنه امرأة ، ويجلس كما تجلس المرأة (ولا يلبس الحلي والحريز) لاحتمال أنه رجل (ولا يخلو به غير محرم رجل ولا امرأة ، ولا يسافر بغير محرم) احتياطا . قال (وتبتاع له أمة تحتنه) لأنه لا يجوز أن يحنثه

فَإِذَا خَتَنَتْهُ بِاعِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَفِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، وَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يَسْتَبِينَ حَالَهُ يُعْمَ ، ثُمَّ يُكْفَنُ وَيُدْفَنُ كَالْجَارِيَةِ .

كتاب الوقف

وَهُوَ حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكٍ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا أَنْ يُحْكَمَ بِهِ حَاكِمٌ (سمف) ، أَوْ يَقُولَ : إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ ،

رجل ولا امرأة لما بينا ، ويجوز للجارية النظر إلى فرجه رجلا كان أو امرأة (فإذا ختنته باعها) لاستغنائه عنها (وإن لم يكن له مال فن بيت المال) لأنه لمصالح المسلمين ، وإذا كان صغيرا لا يشهى جاز ختانه للرجل وللمرأة ، وعن أبي حنيفة أنه يزوج امرأة ، فان كان رجلا صح النكاح وحل لها النظر إلى فرج زوجها ، وإن كان امرأة فلا نكاح ، لكن يجوز للمرأة النظر إلى فرج المرأة للضرورة ، ولا يرث الخنثى من مولى أبيه لاحتمال أنه أنثى ولو أوصى لحمل فلانة بألف إن كان ذكرا وبخمسائة إن كان أنثى فولدت خنثى فله خمسائة احتياطا إلا أن يتبين غير ذلك . وإن قتله قاتل خطأ وقال إنه أنثى فالقول قوله لإنكاره الزيادة ولا قصاص في أطرافه أصلا ، ولو ارتد لا يقتل ولا يدخل في القسامة ولا تقرر عليه الجزية لو كان كافرا ، ولو أسر لا يقتل لاحتمال أنه أنثى ولا يحد قاذفه لأنه إن كان رجلا فهو كالحيوب ، وإن كان امرأة فهي كالرتقاء ، ولا يحد قاذفهما لأن الحد لنفى التهمة وهي متفية عنهما ، ولو قال لامرأته : إن كان أول ولد تلدينه غلاما فامرأته طالق أو فبده حر فولدت خنثى لا يحنث ما لم يستبين أمره . ولو قال : كل عبد له حر ، أو كل أمة له حر لا يحنث الخنثى حتى يستبين أمره ، ولو بان أحد الأمرين عتق للتيقن (وإذا مات ولم يستبين حاله يم ثم يكفن) لأنه لا يجوز غسله للرجال ولا للنساء احتياطا فقد تعذر غسله فيصم ، وإذا اجتمعت الجنائز جعلت جنازته بين جنازة الرجل والمرأة لما مر في الصلاة في حياته (ويدفن كالجارية) احتياطا .

كتاب الوقف

الوقف في اللغة : الحبس ، يقال : وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها ، ومنه الموقف لأن الناس يوقفون فيه : أى يحبسون للحساب . وفي الشرع : حبس شيء معلوم بصفة معلومة على ما نبيته إن شاء الله تعالى (وهو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ، ولا يلزم إلا أن يحكم به حاكم ، أو يقول : إذا مت فقد وقفته) وأجمعت الأمة على جواز أصل الوقف ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام تصدق بسبع حوائط

في المدينة ، وكذلك الصحابة وقفوا ، والخليل صلوات الله عليه وقف وقفا هي باقية جارية إلى يومنا. وإنما اختلفوا في كيفية جوارزه ، قال أبو حنيفة وزفر : شرط جوارزه أن يكون موصى به ، أو يقول : إذا متّ فقد وقفته حتى لو لم يوص به لا يصحّ ويبقى على ملكه يجوز بيعه ويورث عنه إلا أن يجيزه الورثة فيصير جائزا ويتأبد ، ولو قضى القاضي بلزومه لزم ونفذ لأنه قضاء في مجتهده ولم يكن لغيره إبطاله . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يشترط لجوارزه شيء من ذلك ، وهذا بناء على أن الوقف عنده حبس العين على ملكه عملا بمقتضى قوله وقف والتصدق بثمرته وغلته المدومة على المساكين ، ولا يصحّ التصديق بالمعدوم إلا بالوصية ، وعندهما هو إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى وجعله محبوسا على حكم ملك الله تعالى على وجه يصل نفعه إلى عباده ، فوجب أن يخرج عن ملكه ويخلص لله تعالى ويصير محررا عن التملك ليستديم نفعه ويستمر وقفه للعباد . لهما أن الحاجة ماسة إلى لزوم الوقف ليصل ثوابه إليه على الدوام، وأنه ممكن باسقاط ملكه وجعله لله تعالى كالمسجد فيجعل كذلك . قال النسفي : وكان أبو يوسف يقول بقول أبي حنيفة حتى دخل بغداد فسمع حديث عمر فرجع عنه وقال : لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع إليه ، وهو ما رواه محمد بن الحسن عن صفوان بن جويرية عن نافع عن ابن عمر « أن عمر رضي الله عنه كان له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا ، فقال عمر : يا رسول الله إني استفدت مالا نفيسا أفأتصدق به ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تصدّق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، ولكن تنفق ثمرته على المساكين ، فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوي القربى » ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقا له غير متأثر . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لا حبس عن فرائض الله » وعن شريح جاء محمد ببيع الحبيس . وعن عبد الله بن زيد « أنه تصدّق بضبعة له ، فشكاه أبوه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له : ارجع في صدقتك » ولأن شرائط الواقف تراعى فيه ، ولو زال عن ملكه لم تراعى كالمسجد ، ولأنه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائما ، ولا ذلك إلا ببقاء العين على ملكه ، ثم عند محمد لصحة الوقف أربعة شرائط : التسليم إلى المتولى ، وأن يكون مفرزا ، وألا يشترط لنفسه شيئا من منافع الوقف ، وأن يكون مؤبدا بأن يجعل آخره للفقراء . لما روى عن عمر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم أنهم قالوا : لا تجوز الصدقة إلا بحوزة مقبوضة ، ولأن التملك حقيقة من الله لا يتصور لأنه مالك الأشياء ، وإنما يثبت ذلك ضمنا للتسليم إلى العبد كالزكاة ، ولأنه متى كان له شيء من منافع الوقف لم يخلص لله تعالى . وقال أبو يوسف : شيء من ذلك ليس بشرط لأنه إسقاط وصار كالإعتاق ، وأخذ مشايخ خراسان بقول أبي يوسف ترجيحاً

وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الْمُشَاعِ (س) ، وَإِنْ حُكِمَ بِهِ جَازَ ، وَلَا يَجُوزُ حَتَّى يَجْعَلَ
آخِرَهُ لِحِجَّةٍ لَا تَنْقَطِعُ (س) أَبَدًا ، وَيَجُوزُ وَقْفُ الْعَقَارِ ، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ
الْمَنْقُولِ (س) ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ جَوَازُ وَقْفِ مَا جَرَى فِيهِ التَّعَامُلُ كَالنَّفَاسِ
وَالْقَدُومِ وَالْمِنْشَارِ وَالْقُدُورِ وَالْجِنَازَةِ وَالْمَصَاحِفِ وَالْكِتَابِ ،

للناس في الوقف . قال الخصاص : ذكر الوقف ذكر التأييد عند أبي يوسف . وعند محمد
لا بد من ذكره . قال القاضي أبو عاصم : قول أبي يوسف أقوى لمقاربة بين الوقف والملك
إذ في كل واحد منهما معنى التمليك وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار ، وبه أخذ مشايخ
بخارى . قال (ولا يجوز وقف المشاع) عند محمد لما ذكرنا من الأثر ولأن القبض عنده
شرط ، ويجوز عند أبي يوسف لأن القسمة من تمام القبض وليس بشرط عنده (وإن حكم
به جاز) بالإجماع لما مر ، وإن طلب الشريك القسمة يقسم لأنها إفراز وإن كان فيها معنى
المبادلة ، إلا أنا غلبنا جهة الإفراز نظرا للوقف ، فإن كان الشريك غير الواقف يقاسمه ،
لأن الولاية له ، وإن كان هو يقاسمه القاضي لثلاثي الطرفين ، ولا يجوز أخذ الدراهم
لوقف لأنه يصير بيعا للوقف ، ويجوز أن يعطيه دراهم من الوقف لأنه يصير مشتريا للوقف
وما لا يحتل القسمة يجوز مع الشيوع عند محمد اعتبارا بالصدقة والهبة ، ولا يجوز الشيوع
في المسجد والمقبرة بالإجماع ، لأن الشركة تنافي الخلوص لله تعالى والتهاوي فيها قبيح بأن
يصل في يومه ويسكن يوما ويدفن فيه شهرا ويزرع شهرا ، بخلاف غيرها من الوقوف لأن
الاستغلال ممكن غير مستبشع . قال (ولا يجوز حتى يجعل آخره لحجة لا تنقطع أبدا) وقال
أبو يوسف : يجوز لأن المقصود التقرب إلى الله تعالى وأنه يحصل بحجة تنقطع . ولهما أن
موجبه زوال الملك بدون التمليك وذلك بالتأييد كالعقود فإذا لم يتأبد لم يتوفر عليه موجبه ولهذا
يطلبه التوقيت كما يبطل البيع . ثم قيل التأييد شرط بالإجماع إلا أن محمدا اشترط ذكره لأنها
صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وقد يكون مؤقتا ويكون مؤبدا كما في الوصية ، ولا يتعين التأييد
إلا بالتنصيص . وعند أبي يوسف لا يحتاج إلى ذكره ، لأن ذكر الوقف ينفي عنه كما ذكره
الخصاص . قال (ويجوز وقف العقار) لما مر من النصوص والآثار (ولا يجوز وقف
المنقول) وقال أبو يوسف : إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز للتبعية وكذلك
وقف الدولاب ومعه سانيته وعليها جبل ودلو . ولو وقف بيتا فيه كورة غسل جاز وصار
النحل تابعا للغسل ولو وقف دارا فيها حمام صار الحمام تبعا له ، وهذا لأن من الأحكام
ما ثبت تبعا ولا يثبت مقصودا كالشرب في بيع الأرض والبناء في الشفعة (وعن محمد جواز
وقف ما جرى فيه التعامل كالنفاس والقُدوم (١) والمنشار والقُدور والجِنَازة والمصاحف والكتب)

(١) القُدوم بالتخفيف .

بِخِلَافِ مَا لَا تَعَامَلُ فِيهِ ، وَالْفَتَوَى عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ، وَيَجُوزُ حَبْسُ
الْكِرَاعِ وَالسَّلَاحِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَقْفِ وَلَا تَمْلِيكُهُ ، وَيَبْدَأُ مِنْ ارْتِفَاعِ
الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهَا الْوَاقِفُ ، فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى غَنَى عَمْرَةٍ
مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى فَقْرَاءَ فَلَا تُقَدَّرُ عَلَيْهِمْ ، فَإِنْ أَوْ كَانَ فَقِيرًا
أَجَرَهَا الْقَاضِي وَعَمَرَهَا بِأُجْرَتِهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى ، وَمَا أَتَاهُمْ
مِنْ بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ صُرِفَ فِي عِمَارَتِهِ ،

لوجود التعامل في هذه الأشياء وبالتعامل يترك القياس كما في الاستصناع .
قال عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (بخلاف ما لا تعامل
فيه) كالثياب والأمتعة ، لأن من شرط الوقف التأيد كما بينا تركناه في السلاح والكراع
بالنص ، وفيما جرى فيه التعامل بالتعامل فبقى ما وراءه على الأصل (والفتوى على قول
محمد) لحاجة الناس وتعاملهم بذلك . قال (ويجوز حبس الكراع والسلاح) أى وقفه
في سبيل الله ، لأن خالد بن الوليد وقف دروعا في سبيل الله وأجازه رسول الله صلى الله
عليه وسلم وجعل رجل ناقته في سبيل الله فأراد آخر أن يحج عليها فسأل رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن ذلك فقال الحج من سبيل الله ، وطلحة حبس سلاحه وكراعه في سبيل الله :
أى خيله ، والإبل كالخيل لأن العرب تقاتل عليها وتحمل عليها السلاح . قال (ولا يجوز
بيع الوقف ولا تملكه) لما مر من حديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه يبطل التأيد والمقصود
من الوقف التأيد . قال (ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته وإن لم يشترطها الواقف)
تحصيلا لمقصوده ، فانه قصده وصول الثواب إليه بوصول المنفعة أو الغلة إلى الموقوف
عليه على الدوام وذلك ببقاء أصله وإنه بالعمارة فكانت العمارة شرطا لمقتضى الوقف (فان
كان الوقف على غنى عمره من ماله) ليكون الغنم بالغرم لأنه معين يمكن مطالبته (وإن كان
على فقراء فلا تقدر عليهم) وغلة الوقف أقرب أموالهم فيجب فيها ، وإن وقف داره على
سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان كنفقة العبد الموصى بخدمته
(فإن أبى أو كان فقيرا أجرها القاضي وعمرها بأجرتها ثم رَدَّها إلى من له السكنى) رعاية
للحقين لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا فيفوت حقهم في السكنى وحق الواقف
في الثواب ، ولا يكره الممتنع عن العمارة لأنه يتلف مال نفسه ، ولا يكون بامتناعه راضيا
ببطلان حقه لأنه في حيز التعارض ثم المستحق من العمارة بقدر ما يبقى الموقوف على ما كان
عليه ، وكذلك لو خرب يبني كما كان ، لأن بتلك الصفة كانت غلته مصروفة إلى الموقوف
عليه فلا حاجة فيه إلى الزيادة ، ومن له السكنى لا يجوز إجارته لعدم مالكيته . قال (وما
انهدم من بناء الوقف وآلته صرف في عمارته) مثل الآجر والخشب والقار والأحجار ليلقى

فإن استغنى عنه حبس لوقت حاجته ، وإن تعذر إعادة عينه بيع ، ويصرف الثمن إلى عمارته ، ولا يقسمه بين مستحقى الوقف ؛ ويجوز أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها له والولاية إليه ، فإن كان غير مأمون نزعه القاضي منه وولى غيره ؛ ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه (س) .

على التأييد (فإن استغنى عنه حبس لوقت حاجته) فيصرف فيها لأنه لا بد من العمارة فيحبسه كيلا يتعذر عليه وقت الحاجة (وإن تعذر إعادة عينه بيع ويصرف الثمن إلى عمارته) صرفاً له إلى مصرف الأصل (ولا يقسمه بين مستحقى الوقف) لأن العين حق الله تعالى وهذا منها فلا يصرف إليهم غير حقهم . قال (ويجوز أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها له والولاية إليه) وقد مر وجهه والاختلاف فيه (فإن كان غير مأمون نزعه القاضي منه وولى غيره) نظراً للفقراء كإخراج الوصى نظراً للصغير ، وإن شرط أن ليس للقاضي عزله فالشرط باطل لمخالفته حكم الشرع ، وإن مات القيم في حياة الواقف نصب غيره لأن الولاية له ووصيه بمنزلة ، لأن ولايته للوقف نظرية وهى فيما ذكرنا فإن كان لم يوص إلى أحد فالرأى للقاضي ، ولا يجعل القيم من الأجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك إما لأنه أشفق أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا ، فإن لم يجد من الأجانب من يصلح ، فإن أقام أجنبياً ثم صار من ولده من يصلح صرفه إليه كما في حقيقة الملك . أرباب الوقف المعدودون إذا نصبوا متولياً بدون رأى القاضي صح إذا كانوا من أهل الصلاح كما إذا اجتمع أهل مسجد على نصب متولٍ جاز لأن الحق لهم . قال (ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه) لأنه لم يخلص لله تعالى إلا به . قال (ويأذن بالصلاة فيه) عند أبي حنيفة ومحمد لأنه تسليم وهو شرط عندهما ، وعند أبي يوسف يصير مسجداً بمجرد قوله جعلته مسجداً ، لأن التسليم ليس بشرط كالإعتاق والفرق لهما أن العبد في يد نفسه ولا كذلك المسجد ، والتسليم أن يصلى فيه جماعة في رواية الحسن ، لأن المساجد بنيت للجماعة ، ولو صلى فيه واحد أو جماعة وحدانا في رواية لا يصح ، وهو قول محمد لما بينا ، وفي رواية يصح لأنه من خصائص المساجد وبها يتحرر عن حقوق العباد ، قال الله تعالى - وأن المساجد لله - أضافها إلى نفسه لإضافة اختصاص كالكعبة ، ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار ولا تعيينه الإمام ولا من يصلى فيه ، بخلاف غير المساجد حيث بقى مملوكاً ينتفع به كسائر المملوكات سكنى وزراعة حتى لو لم يخلص المسجد لله تعالى بأن كان تحت سرداب أو فوقه بيت ، أو جعل وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه لا يصير مسجداً ويورث عنه ، إلا إذا كان السرداب أو العلو لمصالح

وَمَنْ بَنَى سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ حَوْضًا أَوْ حَقَرًا
بَثْرًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً أَوْ طَرِيقًا لِلنَّاسِ لَا يَلْزَمُ مَا لَمْ يَحْكُمُ بِهِ حَاكِمٌ
أَوْ يُعَلِّقُهُ بِمَوْتِهِ ، وَالْوَقْفُ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ . رِبَاطٌ اسْتَغْنَى عَنْهُ يُصْرَفُ
وَقْفُهُ إِلَى أَقْرَبِ رِبَاطٍ إِلَيْهِ ، وَلَوْ ضَاقَ الْمَسْجِدُ وَبِجَنْبِهِ طَرِيقٌ عَامَّةٌ يُوسَّعُ
مِنْهُ الْمَسْجِدُ ، وَلَوْ ضَاقَ الطَّرِيقُ وَسَّعَ مِنَ الْمَسْجِدِ :

المسجد أو كانا وقفًا عليه ، وعن محمد أنه لما دخل الرى أجاز ذلك بكل حال لضيق
المنازل . وعن أبي يوسف مثله لما دخل بغداد ؛ ولو خرب ما حول المسجد وتفرق الناس
عنه يعود ملكا ويورث عنه عند محمد خلافا لأبي يوسف . وذكر بعضهم قول أبي حنيفة
مع أبي يوسف وبعضهم مع محمد . قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا لأبناء السبيل
أو رباطا أو حوضا أو حفر بثرًا أو جعل أرضه مقبرة أو طريقا للناس) فعند أبي حنيفة
(لا يلزم ما لم يحكم به حاكم أو يعلقه بموته) على ما تقدم من أصله ، لأنه لم يقطع حقه عنه
حتى جاز له أن يستقي ويسكن ويدفن ويشرب من الحوض ، بخلاف المسجد لأنه لم يبق
له فيه حق . وعند أبي يوسف يلزم بالقول لما تقدم إذ التسليم ليس بمشروط . وعند
محمد يشترط التسليم ، وهو الاستقاء من السقاية والبئر والدفن في المقبرة والنزول في الخان
والرباط والشرب من الحوض ويكتفى فيه بفعل الواحد لتعذر الجنس ، ولو نصب له متول
وسلمه إليه جاز لأنه نائب عن الموقوف عليهم ، وكذلك إن سلم المسجد إلى متول يقوم
بمصلحته يجوز ، وإن لم يصل فيه هو الصحيح ، وكذا إن سلمه إلى القاضي أو نائبه ،
ويستوى في ذلك الفقراء والأغنياء عرفا لحاجة الكل إلى ذلك . قال (والوقف في المرض
وصية) لأنه تبرع فصار كسائر التبرعات . قال (رباط استغنى عنه يصرف وقفه إلى أقرب
رباط إليه) لأنه أصلح . رباط على بابه قنطرة ولا يتنفع بالرباط إلا بالعبور عليها وليس لها
وقف يجوز أن تعمر بما فضل من وقف الرباط لأنها مصلحة العامة (ولو ضاق المسجد
وبجانبه طريق العامة يوسع منه المسجد) لأن كليهما للمسلمين نص عليه محمد (ولو ضاق
الطريق وسع من المسجد) عملا بالأصلح ، ويجوز القضاء بالشهادة القائمة على الوقف من
غير دعوى لأنه من حقوق الله تعالى فلا تحتاج إلى مدع وهو مجتهد فيه فينفذ بالإجماع .

فصل

وقف على الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة إن وقف في صحته يجوز الصرف إليها وفي
مرضه لا لأنه بمنزلة الهبة . اشترى القيم ثوبا وأعطى المساكين لا يجوز ، لأن حقهم
في الدراهم . إذا غرس القيم في المسجد فهو للمسجد كالأبناء ، وإن غرس على نهر العامة

فهو له ، وله أن يرفع له لأنه ليس له ولاية على العامة ؛ ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم لأنه ليس بقربة ولا يستجلب الثواب وصار كالصدقة ، ولو وقف على الأغنياء وهم يحصون ثم من بعدهم على الفقراء جاز ، ويكون كما شرط لأنه قربة في الجملة بأن انقرض الأغنياء . ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء يدخل فقراء قرابته وأولاده ، وصرف الغلة إليهم أولى من صرفها إلى الأجانب لأنه صدقة وصلة ، ثم للصرف إلى ولده أفضل لأن الصلة في حقه أوجب وأجزل ، ثم إلى قرابته ، ثم إلى مواليه ، ثم إلى جيرانه ثم إلى أهل مصره أقربهم منزلا إلى الواقف ، هكذا ذكره هلال بن يحيى الرازي : وينبغي أن يعطى الكل في بعض الأوقات ، لأنه إذا صرف الكل إليهم دائما وقدم العهد ربما اتخذوه ملكا لأنفسهم ، ويكره أن يعطى كل فقير مائتي درهم لأنها صدقة فأشبهت الزكاة ، ولا يكره ذلك إذا قال على فقراء قرابته لأنه كالوصية ، وإذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه ولد صلبه وولد ولده الموجودين يوم الوقف وبعده ، ويشترك البطنان في الغلة ، ولا يدخل من كان أسفل من هذين البطنين لأنه خصهما بالذكر ، وفي دخول أولاد البنات روايتان تذكر في الوصايا إن شاء الله تعالى . ولو قال على ولدي وولد ولدي ، وأولادهم تدخل البطون كلها وإن سفلوا ، الأقرب والأبعد فيه سواء لأنه ذكر أولادهم على العموم ، ولو قال على أولادى يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ، ولكن يقدم البطن الأول فإذا انقرض فالثاني ، ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم ، لأن المراد صلة أولاده وبرهم ، والإنسان يقصد صلة ولده لصلبه لأن خدمته إياه أكثر وهم إليه أقرب فكان عليه استحقاقه أرجح ، ثم النافلة قد يخدمون الجدة فكان قصد صلتهم أكثر ، ومن عدا هذين قل ما يدرك الرجل خدمتهم فيكون قصده برهم وصلتهم لنسبتهم إليه لا لخدمتهم له ، وهم في النسبة إليه سواء فاستووا في غلة الاستحقاق . وقف على فقراء قرابته فن أثبت القرابة والفقر بالبينة يستحق وإلا فلا ، والبينة على القرابة إن لم يفسروها لا تقبل الشهادة لتنوع القرابة واختلافها ، كما إذا شهدوا أنه وارث لا تقبل ما لم يفسروا جهة الإرث ، والبينة على الفقر لا تسمع ما لم يقل الشهود : إنه فقير معدم لا نعلم له مالا ولا أحدا تلزمه نفقته ، لأن كل من له نفقة على غيره بغير قضاء لا حظ له في هذا الوقف كالولد الصغير ونحوه لأنهم يأخذون النفقة فيصيرون بها أغنياء ، ومن لا يستحق النفقة إلا بقضاء كالإخوة ونحوهم له حظ في هذا الوقف ، والقضاء بفقره في الوقف لا يكون قضاء بفقره في حق الدين ، والقضاء لفقره في حق الدين قضاء بفقره في حق الوقف ، لأن من له مسكن وخادم وعروض الكفاية فقير في حق الوقف دون الدين ، ولو قال على أقرب قرابتي فبنت

بنت البنت أولى من الأخت لأبوين لأنها من صلبه والأخت من صلب أبيه ولا يعتبر الإرث.

فصل

لا يجوز إجارة الوقف أكثر من المدّة التي شرطها الواقف ، لأنه يجب اعتبار شرط الواقف لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم ولا يخرج إلا بشرطه ، فإن لم يشترط مدّة فالمتقدمون من أصحابنا قالوا : يجوز إجارته أى مدة كانت ، والمتأخرون قالوا : لا يجوز أكثر من سنة لثلاث يتخذ ملكا بطول المدّة فتندرس سمة الوقفية ويتسم بسمة الملكية لكثرة الظلمة في زماننا وتغلبهم واستحلالهم ، وقيل يجوز في الضياع ثلاث سنين وفي غير الضياع سنة وهو المختار ، لأنه لا يرغب في الضياع أقل من ذلك ، ولا يجوز إجارته إلا بأجر المثل دفعا للضرر عن الفقراء ، فلو أجره ثلاث سنين بأجرة المثل ثم ازدادت لكثرة الرغبات لاتنقض الإجارة ، لأن المعتبر أجر المثل يوم العقد ، وليس للموقوف عليه إجارة الوقف إلا أن يكون وليا من جهة الواقف أو نائبا عن القاضى ، وإذا أجره القاضى أو نائبه أو الولي لاتنفسخ الإجارة بموته ، لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم ، والعقود لاتنفسخ بموت الوكيل ، ولو سكنه الموقوف عليه إن شرط الواقف السكنى له فله ذلك ، وإن شرط الغلة له ، قيل ليس له ذلك ، وقيل له لأن له أن يسكنها غيره بالإجارة فهو أولى ، والأحوط أن يؤجرها القيم من غيره ويعطيه الأجرة ، ولا يجوز إعارة الوقف وإسكانه لأن فيه إبطال حق الفقراء ، ولا يصح رهنه فإن سكنه المرتهن يجب عليه أجر مثله ، وكذا لو باع المتولى منزلا موقوفا فسكنه المشتري ، ثم فسخ البيع فعلى المشتري أجر مثله والفتوى في غصب عقار الوقف وإتلاف منافعه وجوب الضمان نظرا للوقف وهو المختار ، ولو استدان القيم للخراج والجنايات إن أمره الواقف بذلك جاز ، وإن لم يأمره فالأصح أنه إن لم يكن له بد من ذلك يرفع الأمر إلى القاضى حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة . قيم اشترى من غلة المسجد حانوتا للمسجد يجوز بيعه عند الحاجة لأنه من غلة الوقف وليس بوقف ، لأن صحة الوقف تعتمد الشرائط ولم توجد فيه . رجل وقف على ساكنى مدرسة كذا من طلبة العلم فسكنها متعلما لايبى فيها جاز له ذلك إن كان يأوى في بيت من بيوتها ، وله فيه آلة السكنى . لأنه يعد ساكنا فيه ، ولو اشتغل بالليل بالحراسة والنهار يقصر في التعليم ، فإن كان مشغلا بعمل آخر لا يعد به من طلبة العلم لا يحل له ذلك ، وإن لم يشتغل وهو يعد من طلبة العلم حل ؛ ولو وقف على ساكنى مدرسة كذا ولم يقل من طلبة العلم فهو الأول سواء لأن التعارف في ذلك إنما هو طلبة العلم دون غيرهم ، ومن كان يكتب الفقه لنفسه ولا يتعلم فله الوظيفة

كتاب الهبة

وَتَصِحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ ، فَإِنْ قَبَضَهَا فِي الْمَجْلِسِ يَغْيِرُ إِذْنَهُ جَازًا ، وَبَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِهِ ،

لأنه متعلم ، وإن كتب لغيره بأجرة لا يحل له ، وإن خرج من المصر مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا لا وظيفة له لأنه لم يبق ساكنا ، وإن خرج ما دون ذلك إلى بعض القرى وأقام خمسة عشر يوما فلا وظيفة له ، فإن أقام أقل من ذلك فإن كان لا بد له منه كطلب القوات ونحوه فله الوظيفة ، وإن خرج للتزلة لا يحل له .

كتاب الهبة

وهي العطية الخالية عن تقدّم الاستحقاق ، يقال : وهبته ووهبت منه ، قال تعالى - يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور - والاتهاب : قبول الهبة ، ولهذا شرط فيها القبض ، لأن تمام الإعطاء بالدفع والتسليم ، وهو أمر مندوب وصنيع محمود محبوب ، قال عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » وفي رواية « تهابوا » وقبولها سنة ، فإنه صلى الله عليه وسلم قبل هدية العبد ، وقال في حديث بريرة « هو لها صدقة ولنا هدية » وقال عليه الصلاة والسلام « ولو أهدى إلى طعام لقبلت ، ولو دعت إلى كراع لأجبت » وإليها الإشارة بقوله تعالى - فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا - أي طابت نفوسهن بشيء من ذلك فوهبته منكم - فكلوه هنيئا مريئا - وهي نوعان : تمليك ، وإسقاط ، وعليها الإجماع .

قال (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلائنه عقد تمليك ولا بد فيه منهما . وأما القبض فلائنه الملك لو ثبت بدونه للزم المتبرع شيء لم يلزمه وهو التسلم بخلاف الوصية ، لأنه لا إلزام للميت لعدم الأهلية ولا للوارث لعدم الملك ، ولأن الملك بالتبرع ضعيف لا يلزم ، وملك الواهب كان قويا فلا يلزم بالسبب الضعيف ، وقد روى عن جماعة من الصحابة مرفوعا وموقوفا « لا تجوز الهبة والصدقة إلا مقبوضة محوزة » والمراد الملك لأن الجواز ثابت بدونه إجماعا . قال (فإن قبضها في المجلس بغير إذنه جاز ، وبعد الافتراق يفتقر إلى إذنه) والقياس أن لا يجوز في الوجهين إلا بإذنه لأنه تصرف في ملك الواهب لبقاء ملكه قبل القبض . وجه الاستحسان أن التمليك بالهبة تسليط على القبض وإذن له فصار الموهوب له مأذونا في القبض ضمنا للإيجاب واقتضاء ، والإيجاب يقتصر على المجلس فكذا ما ثبت ضمنا له وكذلك الصدقة ، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس ، لأن الثابت ضمنا لا يعارض الصريح . أو نقول النهى رجوع والقبض كالقبول وأنه يملك الرجوع

وَأِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ مَلَكَهَا بِمَجْرَدِ الْهِبَةِ ، وَهَبَةُ الْأَبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ تَمَّ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ ، وَيَمْلِكُ الصَّغِيرُ الْهِبَةَ يَقْبِضُ وَلِيَّهُ وَأُمُّهُ وَيَقْبِضُهُ بِنَفْسِهِ . وَتَنْعَقِدُ الْهِبَةُ بِقَوْلِهِ : وَهَبْتُ وَنَحَلْتُ وَأَعْطَيْتُ وَأَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ وَأَعْمَرْتُكَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَى الْهِبَةَ ، وَكَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَهَبَةُ الْمَشَاعِ فِيهَا لَا يُقْسَمُ جَائِزَةً

قبل القبض . قال (وإن كانت في يده) كالمودع والمستعير والمستأجر والغاصب (ملكها بمجرد الهبة) لأنه إن كان قبضها أمانة فينوب عن الهبة ، وإن كان ضمانا فهو أقوى من قبض الهبة ، والأقوى ينوب عن الأدنى ، ولو وهب من رجل ثوبا فقال قبضته صار قابضا عند أبي حنيفة ، وجعل تمكنه من القبض كالتخلي في البيع . وقال أبو يوسف : لا بد من القبض بيده ، ولو قبض الموهوب له الهبة ولم يقل قبلت صححت الهبة . قال (وهبة الأب لابنه الصغير تم بمجرد العقد) لأنها في يد الأب وهو الذي يقبض له فكان قبضه كقبضه ، وكل من يعوله في هذا كالأب ، ولو وهب لابنه الكبير وهو في عياله فلا بد من قبضه ، لأنه لا ولاية له عليه فلا يقبض له . قال (ويملك الصغير الهبة بقبض وليه وأمه ويقبضه بنفسه) معناه : إذا وهبه أجنبي فالولي كالأب ووصيه والجد ووصيه لقيامهم مقام الأب ، وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه كاللقيط وقد بيناه ، والأم لها ولاية حفظه ، وهذا منه لأنه لا بقاء له بدون المال فاحتاجت إلى ولاية التحصيل وهذا منه . وأما قبضه بنفسه فعنه إذا كان عاقلا لأنه تصرف نافع وهو من أهله ، ويجوز قبض الزوج لزوجته الصغيرة بعد ما زفت إليه ، لأن الأب فوض أمرها إليه وذلك بعد الزفاف لا قبله حتى يملكه بحضرة الأب . قال (وتنعقد الهبة بقوله : وهبت) لأنه صريح فيه (ونحلت) لكثرة استعمالها فيه ، قال عليه الصلاة والسلام « أكل ولدتك نحلتك هكذا » (وأعطيت) صريح أيضا (وأطعمتك هذا الطعام) لأن الإطعام صريح في الهبة إذا أضيف إلى المطعوم لأنه لا يطعمه إلا بالأكل ولا أكل إلا بالملك ، ولو قال : أطعمتك هذه الأرض فهو عارية لأنها لا تطعم (وأعمرتك) هذا الشيء وجعلت هذه الدار لك عمرى ، قال عليه الصلاة والسلام « من أعمار عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده » (وحملتك على هذه الدابة إذا نوى الهبة) لأن المراد به الإركاب حقيقة ويستعمل في الهبة ، يقال : حمل الأمير فلانا على فرس : أي وهبه فيحمل عليه عقد الهبة (وكسوتك هذا الثوب) قال تعالى - أو كسوتهم - أراد تمليكهم للكسوة ، ويقال : كساه ثوبا إذا وهبه ، ولو قال : منحتك هذه الدار أو هذه الجارية فهي عارية إلا أن ينوى الهبة ، ولو قال ذلك فيما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة كاللوازم والدنانير والمطعوم والمشروب . قال (وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ،

وَفِيهَا يُقْسِمُ لَا يَجُوزُ (ف) ، فَإِنْ قَسَمَ وَسَلَّمَ جَازَ كَسَمَهُمْ فِي دَارٍ ، وَاللَّيْنِ فِي الضَّرْعِ ، وَالصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ ، وَالتَّمْرِ عَلَى النَّخْلِ ، وَالزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ ، وَلَوْ وَهَبَهُ دَقِيقًا فِي حَنْطَةٍ ، أَوْ سَمْنًا فِي لَبَنٍ ، أَوْ دُهْنًا فِي سَمْسِمٍ فَاسْتَخْرَجَهُ وَسَلَّمَهُ لَا يَجُوزُ ، وَلَوْ وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ جَازَ ، وَبِالْعَكْسِ لَا يَجُوزُ (سَم) وَلَوْ تَصَدَّقَ عَلَى فَقِيرَيْنِ جَازَ ، وَعَلَى غَنِيَّيْنِ لَا يَجُوزُ ، وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا صَحَّتِ الْهَبَةُ وَبَطُلَ الْإِسْتِثْنَاءُ ،

وفيما يقسم لا يجوز (لأن القبض شرط في الهبة لما روينا وأنه غير ممكن في المشاع ، ولو جوزناه لكان له إجبار الواهب على القسمة ولم يلزمه فيكون إضرارا به ، وما لا يقسم الممكن فيه القبض الناقص فيكتفى به ضرورة ، ولا يلزم ضرر الإجبار على القسمة ببقاء الإجبار على المهايأة . قلنا المهايأة في المنافع ولم يتبرع بها ، لأن الهبة صادفت العين لا المنافع . قال (فان قسم وسلم جاز) لأن بالقبض لم يبق شيوع وذلك (كسهم في دار و) مثله (اللبن في الضرع والصوف على الظهر والتمر على النخل والزرع في الأرض) لأن اتصال هذه الأشياء كالشيوع من حيث أنه يمنع القبض ، وكذلك لو وهبه من شريكه لا يجوز لعدم إمكان القبض . قال (ولو وهبه دقيقا في حنطة ، أو سمنًا في لبن ، أو دهنًا في سمسيم فاستخرجه وسلمه لا يجوز) لأن الموهوب معدوم فلا يكون محلا للملك فبطل العقد فيحتاج إلى عقد جديد أما المشاع فحل التملك حتى جاز بيعه دون ذلك . قال (ولو وهب اثنان من واحد جاز ، وبالعكس لا يجوز) أما الأول فلأنهما سلماها والموهوب له قبضها جملة ولا شيوع ولا ضرر . وأما الثانية فذهب أبي حنيفة وقال : يصح أيضا لأنها هبة واحدة والتملك واحد فلا شيوع ، وصار كالزمن من اثنين ولأبي حنيفة أنه وهب من كل واحد منهما النصف لأنه يثبت لكل واحد منهما الملك في النصف ، ألا ترى أنه لو كان فيما لا يقسم ، فقبل أحدهما صح في النصف فكان تملكها للنصف وأنه شائع ، وأما الرهن فالمستحق فيه الحبس ، ويثبت لكل واحد كماله وتماه مر في الرهن . قال (ولو تصدق على فقيرين جاز) وكذلك لو وهب لهما (وعلى غنيين لا يجوز) وقال : تجوز في الغنيين أيضا لما مر والفرق لأبي حنيفة أن إعطاء الفقير يراد به وجه الله تعالى فهو واحد ، وسواء كان بلفظ الصدقة أو بلفظ الهبة ، وسواء كان فقيرا واحدا أو أكثر ، والإعطاء للغني يراد به وجه الغني وهما اثنان فكان مشاعا ، والصدقة على الغني هبة لأنه ليس من أهل الصدقة . قال (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لما تقدم أن الاستثناء إنما يعمل فيما يعمل فيه العقد ، والهبة لا تصح في الحمل فكذا الاستثناء فكان شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري وأبطل شرط المعمر

فصل

وَيَجُوزُ الرَّجُوعُ فِيهَا يَهْبُهُ لِلْأَجْنَبِيِّ (ف) وَيُكْرَهُ ، فَإِنْ عَوَّضَهُ أَوْ زَادَتْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ الْمُوْهوبِ لَهُ فَلَا رُجُوعَ ،

بخلاف البيع فإنه يفسد بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، ولو دبر الجنين ثم وهبها لم يجز ، ولو أعتقه ثم وهبها جاز ؛ والفرق أن المدبر مملوك الواهب وأنه متصل بالأم اتصال خلقه ، فنفع صحة القبض كالمشاع ، وفي الحر لم يبق ما كاله ، فالموهوب غير مشغول بحقه ولا متصل به فلا يمنع الصحة ؛ ولو وهبه جارية على أن يعتقها أو يستولدها ، أو على أن يدبرها ، أو دارا على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوّضه عنها شيئا فاهبة جائزة والشرط باطل ، لأنها شروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة ، وأنها لا تبطل الهبة لما مرّ

فصل

المعاني المانعة من الرجوع في الهبة : المحرمة من القرابة ، والزوجية ، والمعاوضة ، وخروجها من ملك الموهوب له ، وحدث الزيادة أو التغيير في عينها ، وموت الواهب أو الموهوب له على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (ويجوز الرجوع فيما يهبه للأجنبي) لقوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحقّ بهبته ما لم يثب منها » أى ما لم يعوّض عنها (ويكره) ذلك لأنه من باب الحساسة والدناءة . وقال عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » شبه له لحساسة الفعل ودناءة الفاعل ، وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحلّ للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » أى لا يحلّ له الرجوع من غير قضاء ولا رضى إلا الوالد فإنه يحلّ له ذلك عند الحاجة ، فهذا الحمل أولى جمعا بين الحديتين . قال (فإن عوّضه أو زادت زيادة متصلة) في نفسها (أو مات أحدهما ، أو خرجت عن ملك الموهوب له فلا رجوع) أما إذا عوّضه فلما روينا من الحديث ، ولأن المقصود من الهبة التنعويض عادة وقد حصل . وأما الزيادة كالسمن والكبر والبناء والغرس والصيغ والحيطة فلائنه لا يمكن الرجوع بدون الزيادة ، ولا سبيل إلى الرجوع مع الزيادة لأن العقد ما ورد عليها . وأما موت الواهب فلا سبيل للوارث عليها إذ هو أجنبي من العقد . وأما موت الموهوب له فلا تنتقل إلى ورثته والتملك لم يوجد منه وصار كما إذا انتقل منه حال حياته وأما إذا خرجت من ملك الموهوب له فلائنه إنما أخرجها بتسليطه فلا يملك نقضه كالوكيل ، ونقصان الموهوب لا يمنع الرجوع بأن انتقصت قيمته أو أنهدم البناء أو ولدت الجارية ،

وَلَا رُجُوعَ فِيهَا يَهْبَهُ لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ ؛ وَلَوْ قَالَ
الْمَوْهُوبُ لَهُ خُذْ هَذَا بَدَلًا عَنْ هَبْتِكَ أَوْ عَوَضَهَا أَوْ مُقَابِلَهَا أَوْ عَوَضَهُ
أُجْنَبِي مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَهُ سَقَطَ الرَّجُوعُ ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفُ الْهَبَةِ رَجَعَ

بِنِصْفِ الْعَوَضِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْعَوَضِ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ (ز) ،
إِلَّا أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا حَتَّى يَسْتَفِي عَنْهَا وَلَدَهَا ؛ وَلَوْ وَهَبَهُ عَبْدًا فَشَبَّ فَازْدَادَتْ قِيَمَتُهُ ثُمَّ شَاخَ
فَقُتِصَتْ لَا يَرْجِعُ فِيهِ لِأَنَّهُ اِزْدَادَ فِي بَدَنِهِ وَطَالَ فِي جَسَدِهِ ثُمَّ انْتَقَصَ بِوَجْهِ آخِرٍ وَهُوَ شَيْخُوخَتُهُ
فَلَا يَرْجِعُ . قَالَ (وَلَا رُجُوعَ فِيهَا يَهْبَهُ لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
صِلَةَ الرَّحْمِ وَزِيَادَةَ الْأَلْفَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَفِي الرَّجُوعِ قَطِيعَةُ الرَّحْمِ وَالْأَلْفَةِ ، لِأَنَّهُ تَوَرَّثَ
الْوَحْشَةَ وَالْفَرَّةَ فَلَا يَجُوزُ صِيَانَةُ لِلرَّحْمِ عَنِ الْقَطِيعَةِ وَإِبْقَاءُ لِلزَّوْجَةِ عَلَى الْأَلْفَةِ وَالْمُودَّةِ
وَفِي الْحَدِيثِ « إِذَا كَانَتِ الْهَبَةُ لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا » وَسَوَاءٌ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ
مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا لَشُمُولِ الْمَعْنَى ، وَلَوْ وَهَبَهَا ثُمَّ أَبَانَهَا لَمْ يَرْجِعْ ؛ وَلَوْ وَهَبَ أُجْنَبِيَةً ثُمَّ تَزَوَّجَهَا
لَهُ الرَّجُوعُ ، وَالْمُعْتَبَرُ الْمَقْصُودُ وَقْتُ الْعَقْدِ ؛ وَإِنْ وَهَبَ لِأَخِيهِ وَهُوَ عَبْدٌ لَهُ الرَّجُوعُ ؛
وَكَذَلِكَ إِنْ وَهَبَ لِعَبْدٍ أَخِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا : لَا رُجُوعَ لَهُ لِأَنَّ الْمَلِكَ وَقَعَ لِلْمَوْلَى
فَكَانَ هَبَةً لِلْأَخِ ، وَلَهُ أَنَّ الْهَبَةَ وَقَعَتْ لِلْعَبْدِ حَتَّى اعْتَبَرَ قَبُولُهُ وَرَدُّهُ وَالْمَلِكُ يَقَعُ لَهُ ، ثُمَّ يَنْتَقِلُ
إِلَى مَوْلَاهُ عِنْدَ الْفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ مَدْيُونًا لَا يَنْتَقِلُ إِلَى مَوْلَاهُ وَلَا صِلَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الْعَبْدِ . قَالَ (وَلَوْ قَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ : خُذْ هَذَا بَدَلًا عَنْ هَبْتِكَ أَوْ عَوَضَهَا أَوْ مُقَابِلَهَا أَوْ عَوَضَهُ
أُجْنَبِي مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَهُ سَقَطَ الرَّجُوعُ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافُ فِي مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ :
خُذْ هَذَا مَكَانَ هَبْتِكَ ، أَوْ ثَوَابًا مِنْهَا ، أَوْ كَافَأْتُكَ بِهِ ، أَوْ جَازَيْتُكَ عَلَيْهِ ، أَوْ أَثْبَتْتُكَ ،
أَوْ نَحَلْتُكَ هَذَا عَنْ هَبْتِكَ ، أَوْ تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَيْكَ بَدَلًا عَنْ هَبْتِكَ فَهَذَا كُلُّهُ عَوَضٌ وَحَكْمُهُ
حَكْمُ الْهَبَةِ ، يَصَحُّ بِمَا تَصَحُّ بِهِ الْهَبَةُ ، وَيَبْطُلُ بِمَا تَبْطُلُ بِهِ ، وَيَتَوَقَّفُ الْمَلِكُ فِيهِ عَلَى الْقَبْضِ
وَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ أَصْلًا ؛ وَإِنْ لَمْ يَصِفِ الْعَوَضُ إِلَى الْهَبَةِ بِأَنَّهُ أَعْطَاهُ شَيْئًا وَلَمْ يَقُلْ
عَوَضًا عَنْ هَبْتِكَ لَا يَكُونُ عَوَضًا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرَّجُوعُ ، فَإِنْ عَوَضَهُ عَنْ جَمِيعِ الْهَبَةِ
بَطَلَ الرَّجُوعُ فِي الْجَمِيعِ قُلَّ الْعَوَضُ أَوْ كَثُرَ ، وَإِنْ عَوَضَهُ عَنْ نِصْفِهَا فَلَهُ الرَّجُوعُ فِي مَا بَقِيَ
لِأَنَّ الْمَانِعَ التَّعْوِيزَ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ . قَالَ (وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفُ الْهَبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعَوَضِ)
لِأَنَّهُ مَا عَوَضَهُ بِهَذَا الْعَوَضِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ جَمِيعُ الْمَوْهُوبِ وَلَمْ يَسْلَمْ إِلَّا نِصْفُهُ فَيَرْجِعُ بِنِصْفِ
مَا عَوَضَهُ (وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْعَوَضِ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ) وَقَالَ زُفَرٌ : يَرْجِعُ بِحَصَّتِهِ مِنَ
الْمَوْهُوبِ اعْتِبَارًا بِالْعَوَضِ الْآخَرِ . وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا اسْتَحَقَّ بَعْضُهُ ظَهَرَ أَنَّهُ مَا عَوَضَهُ إِلَّا بِالْبَاقِي
وَهُوَ يَصْلَحُ عَوَضًا عَنِ الْكُلِّ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِي ثُمَّ يَرْجِعُ ، لِأَنَّهُ مَا اسْقَطَ حَقَّهُ
فِي الرَّجُوعِ بِقَبُولِ الْعَوَضِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ جَمِيعُ الْعَوَضِ وَلَمْ يَسْلَمْ فَلَهُ رَدُّهُ ، وَإِذَا رَدَّهُ بَطَلَ

وَلَا اسْتَحَقَّ جَمِيعَ الْعِوَضِ رَجَعَ بِالْهَبَةِ ؛ وَالْهَبَةُ بِشَرْطِ الْعِوَضِ يُرَاعَى فِيهَا حُكْمُ الْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْبَيْعِ بَعْدَهُ ؛ وَلَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، وَإِنْ هَلَكَتْ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ لَمْ يَضْمَنْ .

فصل

الْعُمَرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعْمِرِ حَالِ حَيَاتِهِ ، وَلِوَرَثَتِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ ، وَهِيَ أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ لَهُ عُمَرَهُ ، فَإِذَا مَاتَ تَرَدَّدَتْ عَلَيْهِ . وَالرَّقْبَى بَاطِلَةٌ (س) ، وَهِيَ أَنْ تَقُولَ : إِنْ مِتَّ فَهِيَ لِي ، وَإِنْ مِتَّ فَهِيَ لَكَ .

التعويض فعاد حق الرجوع . قال (وإن استحق جميع العوض رجع بالهبة) لما بينا . قال (والهبة بشرط العوض يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض) فلا يصح في المشاع (و) حكم (البيع بعده) رعاية للفظ والمعنى . وصورته : أن يهبه عبدا على أن يعوضه عنه ثوبا ، فلكل واحد منهما الامتناع ما لم يتقابضا كما في الهبة ، فإذا تقابضا صار بمنزلة البيع يردان بالعيب وتجب الشفعة ، وإن استحق ما في يد أحدهما رجع بعوضه إن كان قائما ، وبقيته إن كان هالكا . قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضييهما أو بحكم الحاكم) لأنه فصل مجتهد فيه مختلف بين العلماء فله الامتناع ، وولاية الإلزام للقاضي ، وإن تراضيا فقد أبطل حقه فيجوز (وإن هلك في يده بعد الحكم) بالرد (لم يضمن) لأنه أمانة في يده حيث قبضه لأعلى وجه الضمان .

فصل

(العمرى جائزة للمعمر حال حياته ولورثته) من (بعد مماته) ويطل الشرط (وهى أن يجعل داره له عمره ، فإذا مات تردت عليه) لما تقدم من الحديث ، ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر ، ولو قال : دارى لك عمرى سكنى أو نخلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة أو هبة سكنى أو سكنى هبة فهى عارية ؛ لأن ذكر المنفعة وهى السكنى حقيقة فى العارية ، لأن العارية تملك المنفعة وتحتل الهبة والحمل على الحقيقة أولى ؛ ولو قال : هبة تسكنها فهى هبة ، لأن قوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود وليس بتفسير ، بخلاف قوله سكنى . قال (والرقبى باطله ، وهى أن تقول) دارى لك رقبى ، ومعناه (إن مت فهى لى ، وإن مت فهى لك) كأن كل واحد منهما يرقب موت الآخر لما روى شريح « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبى » ومراده الرقبى من الترقب (١) ، أما من الإرقاب ومعناه رقبة دارى

وَالصَّدَقَةُ كَالْهَبَةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا رُجُوعَ فِيهَا ؛ وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ فَهُوَ عَلَى جِنْسِ مَالِ الزَّكَاةِ (ز) ، وَبِمِلْكِهِ عَلَى الْجَمِيعِ ، وَبِمَنْسِكَ مَا يَنْفَقُهُ حَتَّى يَكْتَسِبَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكَ .

لك فانه يجوز ، وهو محمل حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبي » إلا أنه محتمل ، ولا تثبت الهبة بالشك فتكون عارية . وقال أبو يوسف : الرقبى جائزة لحديث جابر ، ولأن قوله : دارى لك تملكك ، وقوله رقبى شرط فاسد لا يبطل الهبة . ولهما حديث شريح ، ولأنه تعليق الملك بالخطر فلا يصح ، وإذا لم يصح يكون عارية عندهما ، لأنه يقتضى إطلاق الانتفاع به ، ولو قال : جميع مالى أو كل شيء أملكه أو جميع ما أملكه لفلان فهو هبة ، لأن ملكه لا يصير لغيره إلا بتمليكك ؛ ولو قال : جميع ما يعرف بى أو ينسب إلى فلان فهو لإقرار لجواز أن يكون المقر له ، وهو فى يد المقر يعرف به وينسب إليه . قال (والصدقة كالهبة) فى جميع أحكامها لأنه تبرع (إلا أنه لا رجوع فيها) لأن المقصود منها الثواب وقد حصل ، وكذا الهبة للفقير لأن المقصود الثواب ، وكذا لو تصدق على غنى لأنه قد يطلب منه الثواب بأن يعينه على النفقة لكثرة عياله ، ويؤيد ذلك أنه عبر بالصدقة عنها . قال (ومن نذر أن يتصدق بماله فهو على جنس مال الزكاة) لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، وإيجاب الله تعالى الصدقة المضافة إلى المال يتناول أموال الزكاة ، قال الله تعالى - خذ من أموالهم صدقة تطهرهم - الآية ، فكذا لإيجاب العبد ، فيتصدق بالذهب والفضة وعروض التجارة والسواثم والغلة والثمرة العشرية والأرض العشرية ، خلافاً لحمد لأن الغالب فى العشر معنى العبادة حتى لا تجب على الكافر فكانت فى معنى الزكاة ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست أموال الزكاة . وقال زفر : يتناول جميع ماله وهو القياس عملاً بعموم اللفظ ، وجوابه مأمور ؛ ولو نذر أن يتصدق بملكه فهو على الجميع ، وذكر الحاكم الشهيد أنه والأول سواء فى الاستحسان ، لأن ذكر المال والملك سواء ، وكذلك ذكر التمسك عنهما . قال : وأبو يوسف فرق بينهما وقال : لفظة الملك أعم عرفاً ، والأول أصح ، لأن الشرع إنما أضاف الصدقة إلى المال لا إلى الملك وذلك موجب تخصيص المال فبقى الملك على عمومته ، وإن لم يكن سوى مال الزكاة لزمه التصديق بالكل بالإجماع (ويمسك ما ينفقه حتى يكتسب ثم يتصدق بمثل ما أمسك) لأنه لو تصدق بالجميع احتاج أن يسأل أو يموت جوعاً وأنه ضرر فاحش ، فيمسك قدر حاجته دفعا للضرر عنه ، ولم نقره بشيء لأن الناس يختلفون فى ذلك باختلاف أحوالهم فى النفقات فالحاصل أنه يمسك مقدار كفايته فى نفقته إلى أن يقدر على أداء مثله ؛ ولو قال : دارى المساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه ، ولو قال لآخر : كل

كتاب العارية

وَهِيَ هِبَةُ الْمَنَافِعِ ، وَلَا تَكُونُ إِلَّا فِيهَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ .

ما يصل إلى من مالك فعلى أن أتصدق به فوهبه شيئا فعليه أن يتصدق به ، ولو أذن له أن يأكل من طعامه لا يتصدق به ، لأن الإباحة لا يملكه إلا بالأكل ، وبعد الأكل لا يمكنه التصديق به .

كتاب العارية

وهي مشتقة من التماور : وهو التداول والتناوب ، يقال : تماورنا الكلام بيننا : أى تداولناه ؛ وبمعنى العقد به لأنهم يتداولون العين ويتداولونها من يد إلى يد ، أو من العرية وهي العطية ، إلا أن العرية اختصت بالأعيان ، والعارية بالمنافع ، وسميته به لتعريفه عن العوض ، وهي عقد مستحب شرعا ، مندوب إليه ، لما فيه من قضاء حاجة المسلم ، وقد ندب الشرع إليه قال تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يزال الله في عون المسلم ما دام في عون أخيه » وذم تعالى على منعه فقال « ومنعوا المساعون » أى العواري من القدر والفأس ونحوه ؛ وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » واستعار صلى الله عليه وسلم دروفا من صفوان ؛ ولأن التملك نوعان : بعوض ، وغير عوض ؛ والأعيان قابلة للتوعين بالبيع والهبة ، فكذا المنافع بالإجارة والإعارة .

قال (وهي هبة المنافع) وقال الكرخي : إباحة المنافع حتى لا يملك المستعير إجارة ما استعار ولو ملك المنافع للملك لإجارتها ، والأول الصحيح لأن المستعير له أن يعير ، ولو كانت إباحة لما ملك ذلك ، كمن أبيع له الطعام ليس له أن يبيعه لغيره ، ولأن العارية مشتقة من العرية وهي العطية ، وإنما لم تجز الإجارة لأنها تملك مؤقت ينقطع حقه عنها إلى انتهاء المدة ، والعارية تملك على وجه لا ينقطع عنها متى شاء ، فلو جازت الإجارة يلزم المعير من الضرر ما لم يلتزمه ولا رضى به فلا يجوز ، أو نقول الإجارة أقوى وألزم من الإعارة والشئ لا يستتبع ما هو أقوى منه . قال (ولا تكون إلا فيما ينفع به مع بقاء عينه) .

اعلم أن الإعارة نوعان : حقيقة ، ومجاز . فالحقيقة إعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والعبد والدار والدابة . والمجاز إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب ، فيكون إعارة صورة قرضا معنى ، لأنه رضى باستهلاكه ببدل ، فكان تملكها ببدل وهو القرض ، ولو استعار دراهم ليعاير بها ميزانه أو يزين بها حانوته ليس له أن يتعدى ما سمي من المنفعة ، ولا يكون

وَهِيَ أَمَانَةٌ ، وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعْرَتُكَ وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضُ ، وَأَخَذَ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ ، وَمَنْحَتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يَرُدَّ بِهِمَا الْهَبَةُ ، وَدَارَى لَكَ سَكْنِي أَوْ سَكْنَى عُمَرَى ؛ وَلِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَهَا إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِينَ ، وَلَيْسَ لَهُ إِجَارَتُهَا ، فَإِنْ أَجَرَهَا فَهَلَكَتْ ضَمِنَ ،

قرضا كاستعارة الحلى . قال (وهى أمانة) لا يضمنها من غير تعد . قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولأنه قبضه من يد المالك لأعلى وجه الضمان ، لأن اللفظ يقتضى تملك المنافع بغير عوض لغة وشرعا لما بينا فلم يكن متعديا ، وتأويل ماروى « أنه عليه الصلاة والسلام استعار دروعا من صفوان ، فقال : أغصبا تأخذها يا محمد ؟ فقال : لا بل عارية مؤداة مضمونة » أى واجبة الرد مضمونة بمثونة الرد توفيقا بين الحديثين بالقدر الممكن . قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) للاستعمال فيه (وأخدمتك هذا العبد) لأن منفعة العبد خدمته ، وقد أذن له فى استخدامه (ومنحك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد بهما الهبة) لما مر فى الهبة (ودارى لك سكنى) لأن معناه سكنها لك (أو سكنى عمرى) أى سكنها لك عمرك . قال (وللمستعير أن يعيرها إن لم يختلف باختلاف المستعملين ، وليس له إيجارها) لأنه ملك المنافع فيملكها غيره كالموصى له بالخدمة ، بخلاف الإجارة على ما مر . ثم العارية على أربعة أوجه : أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع كمن استعار دابة أو ثوبا ولم يبين وقتا معلوما ولا عين من يستعمله فله أن يستعمله فى أى وقت شاء فى أى منفعة شاء ، ويركب ويلبس غيره عملا بالإطلاق ، فلو ركب هو أو لبس ليس له أن يركب غيره ولا يلبسه ، وكذا لو ركب غيره لا يركب هو على ما بينا فى الإجارة . والثانى أن تكون مقيدة فيهما بأن استعاره يوما ليستعمله بنفسه ، فليس له أن يركب غيره ولا يلبسه غيره لاختلاف ذلك باختلاف المستعملين ، وله أن يعيرها للحمل لأنه لا يتفاوت ، وكذا له أن يعير العبد والدار لعدم التفاوت . والثالث إذا كانت مطلقة فى الوقت مقيدة فى الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل الحنطة متى شاء . والرابع إذا كانت مقيدة فى الوقت مطلقة فى الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل ما شاء فى اليوم ، فان أمسكها بعد الوقت ضمن إن انتفع بها فى اليوم الثانى ، وقيل يضمن بمجرد الإمساك لأنه أمسك مال الغير بغير إذنه وهو الصحيح ؛ وإن اختلفا فى الوقت والمكان وما يحمل عليها فالقول قول المعير مع يمينه لأن الإذن منه يستفاد فيثبت بقدر ما أقر به به وما زاد فالمستعير مستعمل فيما لم يؤذن له فيضمن . قال (فان أجرها فهلكت ضمن)

وَالْمُعِيرُ أَنْ يُضْمِنَ الْمُسْتَعِيرَ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، فَإِنْ قَيَّدَهَا بِوَقْتٍ أَوْ مَنَفْعَةٍ أَوْ مَكَانٍ ضَمِنَ بِالْمُخَالَفَةِ إِلَّا إِلَى خَيْرٍ ، وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ مَنَفْعَتِهَا مَا شَاءَ مَا لَمْ يُطَالِبْهُ بِالرَّدِّ ، وَلَوْ أَعَارَ أَرْضَهُ لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَهُمَا ، وَإِنْ وَقَّتْ وَأَخَذَهَا قَبْلَ الْوَقْتِ كَرِهَ لَهُ ذَلِكَ ، وَيُضْمِنُ الْمُسْتَعِيرُ قِيَمَتَهُ وَيَمْلِكُهُ ، وَالْمُسْتَعِيرُ قَلْعَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ كَثِيرٌ بِالْأَرْضِ ، فَإِنْ قَلْعَهُمَا فَلَا ضَمَانَ ، فَإِنْ أَعَارَهَا لِلزَّرَاعَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا قَبْلَ حَصْدِهِ وَإِنْ لَمْ يُوَقَّتْ .

لأنه متعد حيث تصرف في ملك الغير بغير أمره فكان غاصبا (والمعير أن يضمن المستعير) لما بينا (ولا يرجع على المستأجر) لأنه تبين أنه أجره ملكه ، وله أن يضمن المستأجر لأنه قبض ماله بغير أمره (ويرجع على المستعير) إذا لم يعلم أنه عارية دفعا لضرر الغرور عنه بخلاف ما إذا علم قال (فإن قيدها بوقت أو منفعة أو مكان ضمن بالمخالفة إلا إلى خير) وقد بيناه بتمامه في الإجارة (وعند الإطلاق له أن ينتفع بها في جميع أنواع منفعتها ما شاء ما لم يطالبه بالرّد) عملا بالإطلاق . قال (ولو أعار أرضه للبناء والغرس فله أن يرجع) لأنه عقد غير لازم ، وهذا لأن المنافع توجد شيئا فشيئا وتملك كذلك ، فإلم يوجد بعد لم يقبض فله الرجوع فيه . وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » . قال (ويكلفه قلعهما) لأنه لما صحّ الرجوع بقي المستعير شاغلا ملك المعير فعليه تفرغها ، فإن لم يكن وقت فلا شيء عليه ، لأن ما أصاب المستعير إنما أصابه بفعل نفسه (وإن وقت وأخذها قبل الوقت كره له ذلك) لأنه أخلف وعده (ويضمن للمستعير قيمته ويملكه) نظرا للجانبين . وقال زفر : لا ضمان عليه لأنه لما علم أن له ولاية الأخذ فقد رضى بذلك . ولنا أنه غره بالتأقيت ، إذ الظاهر الوفاء بالوعد فيرجع إليه إذا أخلف ، لأن ما أصابه إنما أصابه من جهته بخلاف غير المؤقت (والمستعير قلعه) لأنه ملكه إلا أن يكون فيه ضرر كثير بالأرض (فيخير المعير ، لأن الأصل له وهو راجع على التبع) فإن قلعهما فلا ضمان عليه وقيل إذا كلفه المعير قلعهما قلعهما ، ويضمن المعير ما نقصا بالقلع ، لأنه خدعه حيث ضمن له الوفاء إلى آخر الوقت الذي وقته ولم يف له . قال (فإن أعارها للزراعة فليس له أخذها قبل حصده وإن لم يوقت) فتبقى بالأجرة ، لأن فيه مراعاة الجانبين ودفع الضرر عن المستعير ومراعاة حق المعير ، لأن بقاءه مدة قليلة بخلاف الغرس والبناء لأنه لانهية لهما فيقطع دفعا لضرر المعير . دخل الحمام واستعمل قصاع الحمامي فانكسرت ، أو أخذ كوز الفئاع ليشرب فانكسر ، أو دخل منزل رجل باذنه فأخذ منه إناء بغير إذنه لينظر إليه أو ليشرب

وأجرة ردّ العارية على المستعير والمستأجر على الآجر ؛ وإذا ردّ الدابة إلى اصطبّل مالِكها برئ ؛ وكذا ردّ الثوب إلى داره ومع من في عياله أو عبده أو أجيده الخاص برئ .

كتاب الغصب

وهو أخذ مالٍ مَقْصُومٍ مُحْتَرَمٍ مَمْلُوكٍ لِلْغَيْرِ بِطَرِيقٍ التَّعَدَّى ،

فوقع من يده فانكسر فلا ضمان عليه لأنه مأفون في ذلك دلالة . استعار كتابا ليقرا فيه فوجد فيه خطأ ، إن علم أن صاحبه لا يكره إصلاحه أصلحه وإلا فلا ، والظاهر أنه لا يكره فلا بأس به . قال (وأجرة ردّ العارية على المستعير) لأن قبضه لمنفعته فوجب الردّ عليه ، والأجرة متونة الردّ (و) أجرة ردّ (المستأجر) على الآجر (لأن منفعة القبض حصلت له وهي الأجرة فلا يكون الردّ واجبا على المستأجر فلا يلزمه الأجرة . قال (وإذا ردّ الدابة إلى اصطبّل مالِكها برئ) استحسانا ، والقياس أنه لا يبرأ لعدم الردّ إلى المالك . وجه الاستحسان أن العادة جرت بالردّ إلى الاصطبّل ، فانه لو سلمها إليه ردّها إلى الاصطبّل ، والمتاد كالمقصود عليه ؛ ولو كان عبدا وردّه إلى دار مالِكه فكذلك (وكذا ردّ لثوب إلى داره) لما بينا (و) لو ردّ العارية (مع من في عياله أو عبده أو أجيده الخاص برئ) لأنها أمانة فصارت كالوديعة ؛ وكذا لو ردّها إلى عبد المعير أو من في عياله برئ لأن المالك يحفظها بهؤلاء عادة ؛ وقيل المراد بالعبد : الذي يقوم عليها . وذكر في المتقى لو كانت العارية شيئا نفيسا كالجوهر ونحوه لا يبرأ بالردّ إلى هؤلاء ، لأنه لم تجز العادة بطرحه في الدار وتسليمه إلى غلمانه ؛ والمستأجر في ردّ العين المستأجرة كالمستعير ؛ وفي الغصب لا يبرأ في الجميع إلا بالردّ إلى مالِكه ، لأن ضمان الغصب واجب فلا يسقط إلا بالردّ إلى المالك أو نائبه حقيقة ، بخلاف العارية لأنها غير مضمونة .

كتاب الغصب

(وهو) في اللغة : أخذ الشيء ظلما ، يقال : غصبته منه وغصبته عليه بمعنى ، قال تعالى - يأخذ كل سفينة غصبا - أي ظلما ، ويستعمل في كل شيء ، يقال : غصبت ولده وزوجته . وفي الشرع (أخذ مالٍ مَقْصُومٍ مُحْتَرَمٍ مَمْلُوكٍ لِلْغَيْرِ بِطَرِيقٍ التَّعَدَّى) واشترط أبو حنيفة وأبي يوسف كون المغصوب قابلا للنقل والتحويل على وجه يتضمن تفويت يد المالك ، ولم يشترط ذلك محمد ، ويظهر في غصب العقار على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فلو استخدم مملوك غيره بغير أمره ، أو أرسله في حاجته ، أو ركب دابته أو حمل عليها

وَمَنْ غَضَبَ شَيْئًا فَعَلَيْهِ رَدُّهُ فِي مَكَانِ غَضَبِهِ ، فَإِنْ هَلَكَ وَهُوَ مِثْلِي فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ غَضَبِهِ ، وَإِنْ نَقَصَ ضَمِنَ النِّقْصَانَ ، وَإِذَا انْقَطَعَ تَجِبُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْقَضَاءِ (سم) ،

أو ساقها فهلكت كان غاصبا لأنه أثبت اليد المبطلّة المفوتة ؛ ولو جلس على بساط الغير أو هبت الريح بثوب إنسان فألقته في حجره لا يكون غاصبا ما لم ينقله أو يمسكه ، وهو تصرف منهي عنه حرام لكونه تصرفا في مال الغير بغير رضاه ، قال الله تعالى - ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - ولأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه . قال عليه الصلاة والسلام « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » وعلى حرمة بالإجماع وهو من المحرمات عقلا ، لأن الظلم حرام عقلا على ما عرف في الأصول . والغضب على ضريعين أحدهما لا يتعلق به إثم وهو ما وقع عن جهل كمن أتلف مال الغير وهو يظن أنه ملكه ، أو ملكه ممن هو في يده وتصرف فيه واستهلكه ثم ظهر أنه لغير ذلك فلا إثم عليه . قال عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » الحديث معناه الإثم . والثاني يتعلق به الإثم وهو ما يأخذه على وجه التعدي فإنه يأثم بأخذه وإمساكه . قال (ومن غضب شيئا فعليه ردّه في مكان غضبه) لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لأجادا ولا عبا ، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردّها عليه » ولأنه يجب عليه رفع الظلم وذلك بما ذكرنا ويردّه في مكان غضبه ، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن والأعدل ما ذكرنا . قال (فإن هلك وهو مثلي فعليه مثله) قال تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - ولأن المثل أعدل لوجود المالية والجنس (وإن لم يكن مثليا) كالحيوان والعددي المتفاوت والمزروع (فعليه قيمته يوم غضبه) لأن القيمة تقوم مقام العين من حيث المالية عند تعذر المماثلة دفعا للظلم وإيصالا للحق إلى مستحقه بقدر الإمكان ، وسواء عجز عن ردّه بفعله أو فعل غيره أو بآفة سماوية لأنه بالغضب صار متعديا ووجب عليه الرد وقد امتنع فيجب الضمان وتجب القيمة يوم الغضب لأنه السبب وبه يدخل في ضمانه (وإن نقص ضمن النقصان) اعتبارا للجزء بالكل (و) أما المثل (إذا انقطع تجب قيمته يوم القضاء) عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يوم الغضب . وقال محمد يوم الانقطاع لأن الواجب المثل ويتنقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يومئذ . ولأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بذوات القيم فتعتبر قيمته إذ هو السبب الموجب . ولأبي حنيفة أن الانتقال بقضاء القاضى لا بالانقطاع حتى لو لم يتخاصما حتى عاد المثل وجب ، فإذا قضى القاضى تعتبر القيمة عنده ، بخلاف ذوات

فإنْ نَقَصَ بِالزَّرَاعَةِ يَضْمَنُ النُّقْصَانَ ، وَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ ،
وَكَذَلِكَ الْمُودَعُ وَالْمُسْتَعِيرُ إِذَا تَصَرَّفَا وَرَبِحَا تَصَدَّقَا بِالْفَضْلِ (س) ،

في المالك لا يوجب الضمان كما لو منعه عن حفظ ماله حتى هلك ، ولأن مالا يجب القطع بسرقة لا يتعلق به ضمان الغصب كالحر . وأما إذا هدم البناء وحفر الأرض فيضمن لأنه وجد منه النقل والتحويل وأنه إلتلاف ، ويضمن بالإلتلاف مالا يضمن بالغصب كالحر ، وما أنهدم بسكنائه فقد تلف بفعله ؛ والعقار يضمن بالإلتلاف وإن لم يضمن بالغصب ولأنه تصرف في العين (فإن نقص بالزراعة يضمن النقصان) لما مر (ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل) معناه يأخذ من الزرع ما أخرج عليه من البذر وغيره ويتصدق بالفضل (وكذا المودع والمستعير إذا تصرفا وربحا تصدقا بالفضل) وقال أبو يوسف : يطيب له الفضل لأنه حصل في ضمانه للملك الأصل ظاهرا ، فإن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا على ما تقدم ولهما أنه حصل بسبب خيث وهو التصرف في ملك الغير ، والفرع يحصل على صفة الأصل ، والمالك الخيث سبيله التصديق به ، ولو صرفه في حاجة نفسه جاز ، ثم إن كان غنيا تصدق بمثله ، وإن كان فقيرا لا يتصدق ؛ ولولقي المالك الغاصب في غير بلد الغصب فطالبه بالمغصوب فإن كان دراهم أو دنانير دفعها إليه لأنها ثمن في جميع البلاد ، وإن كانت عينا وهي قائمة في يده أمر بتسليمها إليه إن كانت قيمتها في الموضعين سواء لأنه لا ضرر فيه على المالك ، وإن كانت قيمته أقل من بلد الغصب فإن شاء أخذه ، وإن شاء طالبه بالقيمة ، وإن شاء صبر ليأخذه في بلده لأن نقصان السعر بتقله فيخير المالك ، بخلاف تغير السعر في بلد الغصب لأنه لا يصنعه بل بقلة الرغبات ، وإن لم يكن في يده وقيمه أقل فالمالك إن شاء أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته يبلد الغصب أو يصبر ليأخذ مثله في بلده ؛ وإن كانت قيمته هنا أكثر فالغاصب إن شاء أعطاه مثله أو قيمته ، لأنه هو الذي يتضرر بالدفع ؛ وإن كانت القيمة سواء فللمالك أن يطالب بالمثل لأنه لا ضرر على أحد ، ولو تعيب في يد الغاصب رده مع قيمة النقصان فيقوم صحيحا ويقوم وبه عيب فيضمن ذلك ، هذا في غير الرويات لأن للجودة قيمة فيها . فأما الرويات إن شاء أخذه بعينه وإن شاء ضمنه قيمته صحيحا من غير جنسه وتركه ، لأن الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس على ما عرف وآنية الصفر والرصاص إن بيعت وزنا من الرويات وعددا لا . ولو غصب عبدا فصار زيبيا ، أو عصيرا فصار خلا ، أو رطبا فصار تمرا فالمالك إن شاء أخذ عينه ، وإن شاء ضمنه مثله ؛ ولو غصب عبدا أو جارية صغيرة فكبر أخذه ولا شيء للغاصب من النفقة قال عليه الصلاة والسلام «من وجد عين ماله فهو أحق به» ولو كان شابا فصار شيخا ، أو شابة فصار عجوزا ضمن النقصان ، والشلل والعرج وذهاب السمع والبصر ونسيان الحرفة والقرآن والسرقعة والإباق والجنون والزنا عيب يوجب النقصان

وَإِذَا تَغَيَّرَ الْمَغْصُوبُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهُ وَأَكْثَرُ مَنَافِعِهِ مَلَكَهُ وَضَمِنَهُ ، وَذَلِكَ كَذَبِجِ الشَّاةِ وَطَبْخِهَا أَوْ شَيْبِهَا أَوْ تَقْطِيعِهَا ، وَطَحْنِ الحِنْطَةِ أَوْ زَرْعِهَا ، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ ، وَجَعْلِ الْحَدِيدِ سَيْفًا وَالصُّفْرِ آنِيَةً ، وَاللِّبْنِ عَلَى السَّاجَةِ ، وَاللَّيْنِ حَائِطًا ، وَعَصْرِ الزَّيْتُونِ وَالْعِنَبِ وَغَزْلِ الْقُطْنِ وَنَسْجِ الْغَزْلِ ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِ حَتَّى يُوَدَّى بِدَلِّهِ (ز) ، وَلَوْ غَصَبَ نَبْرًا فَضَرَبَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آنِيَةً لَمْ يَمْلِكْهُ (سَم) ، وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ فَأَبْطَلَ عَامَّةَ مَنَفَعَتِهِ ضَمِنَهُ ،

إن حدثت عند الغاصب ضمناها . قال (وإذا تغير المغصوب بفعل الغاصب حتى زال اسمه وأكثر منافعه ملكه وضمنه ، وذلك كذبح الشاة وطبخها أو شيبها أو تقطيعها ، وطحن الحنطة أو زرعها ، وخبز الدقيق ، وجعل الحديد سيفاً والبناء على الساجة ، واللبن حائطاً ، وعصر الزيتون والعنب ، وغزل القطن ونسج الغزل) والوجه فيه أنه استهلكها من وجه لقوات معظم المقاصد وتبدل الاسم ، وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فترجع على ما فات من وجه ؛ بخلاف ما إذا ذبح شاة وسلخها لأن الاسم باق (ولا ينتفع به حتى يودى بدله) لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها « أطعموها الأسارى » فيه دليل على زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع قبل الإرضاء ، ولأن إباحة الانتفاع قبل الإرضاء فتح باب الغصب ، ويجوز بيعه وهبته مع الحرمة كالبيع الفاسد ، فإذا أدى بدله أو أبرأه المالك جاز له الانتفاع به لأنه صار راضياً بالإبراء وأخذ البدل ، والقياس أن يجوز له الانتفاع قبل الأداء ، وهو قول زفر وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأنه ثبت له الملك فيجوز له الانتفاع ولهذا جاز بيعه وهبته . وعن أبي يوسف أنه يزول ملك المالك عنه لكنه يباع في دينه وبعد الموت هو أحق به من باقي الغرماء ، ووجه آخر في الساجة واللبن أن ضرر المالك صار منجبراً بالقيمة ، وضرر الغاصب بالهدم لا يجبر فكان ما قلناه رعاية للجانيين فكان أولى ؛ ولو غصب خيطاً فخاط به بطن عبده أو أمته أو لوحاً فأدخله في سفينة انقطع ملك المالك إلى الضمان بالإجماع (ولو غصب تبراً فضربه دراهم أو دنانير أو آنية لم يملكه) فيأخذها المالك ولا شيء للغاصب ، وقالوا : يملكها الغاصب وعليه مثله لما تقدم أنه استهلكه بصنعه من وجه لأن بالكسر فات بعض المقاصد ولأبي حنيفة أن العين باقية من كل وجه نظراً إلى بقاء الاسم والثنية والوزن وجريان الربا فيه والصنع فيها غير متقومة لما بينا أنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس . قال (ومن خرق ثوب غيره فأبطل عامة منفعتيه ضمنه) لأنه استهلكه معنى كما إذا أحرقه ، فإذا ضمنه جميع القيمة ترك الثوب للغاصب لثلاثي مجتمع البدلان في ملك واحد وإن أمسك الثوب

وَمَنْ ذَبَحَ شاةَ غَيْرِهِ أَوْ قَطَعَ يَدَهَا ، فَإِنْ شَاءَ الْمَالِكُ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا وَأَخَذَهَا ، وَإِنْ شَاءَ سَلَمَهَا وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا ، وَفِي غَيْرِ مَا كَوَّلِ اللَّحْمِ يَضْمَنُ قِيمَتَهَا بِقَطْعِ الطَّائِفِ ، وَمَنْ بَنَى فِي أَرْضِ غَيْرِهِ أَوْ غَرَسَ لَزِمَهُ قَلْعُهُمَا وَرَدُّهَا ، وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ أَوْ سَوِيْقًا ، فَلَتَهُ بِسَمْنِ فَاَلْمَالِكِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَرَدَّ زِيَادَةَ الصَّبْغِ وَالسَّوِيْقِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيَمَةَ الثَّوْبِ أَبِيضَ

ضممنه النقصان لبقاء العين وبعض المنافع ، وإن كان خرقا قليلا يضمن نقصانه لما أنه لم يفوت شيئا بل عيبه . واختلفوا في العيب الفاحش ، قيل هو أن يوجب نقصان ربع القيمة فما زاد ، وقيل ما ينتقص به نصف القيمة ، والصحيح ما يفوت به بعض المنافع (١) ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يدخله نقصان العيب . قال (ومن ذبح شاة غيره أو قطع يدها ، فإن شاء المالك ضممنه نقصانها وأخذها ، وإن شاء سلمه وضممنه قيمتها) لأنه إلتلاف من وجه لتفويت بعض المنافع من اللبن والنسل وغيرها وبقاء البعض وهو الأكل فثبت له الخيار كما في الثوب في الحرق الفاحش . قال (وفي غير ما كَوَّلِ اللحم يضمن قيمتها بقطع الطرف) لأنه استهلكها من كل وجه ، ولو غصب دابة فقطع رجلها ضمن قيمتها . وروى هشام إن أخذها المالك لأشياء له وإن شاء تركها وأخذ القيمة عند أبي حنيفة كما في الجثة العمياء خلافا لهما ؛ وإن قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحسانا وقيمة النقصان قياسا . وفي جناية الحسن عن أبي حنيفة لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار عليه ربع قيمته ، وكذا كل ما يعمل عليه من البقر والإبل ، وما لا يعمل عليه ما نقص . وقال في الجامع الصغير : وفي عين بقر الجزار وجزوره ربع القيمة ، وفي عين شاة القصاب ما نقصها ، والحمل والطير والدجاجة والكلب ما نقصه . وقال أبو يوسف : عليه ما نقصه في جميع البهائم اعتبارا بالشاة . ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام « قضى في عين الدابة بربع القيمة » وكذا قضى عمر رضي الله عنه ، ولأنها تصلح للحمل والركوب والعمل ، ولا تقوم هذه المصالح إلا بأربعة أعين عينيها وعيني المستعمل فصارت كذات أربعة أعين ، فيجب في أحدها ربع القيمة كما قلنا في أحد الأهداب ربع الدية لما كانت أربعة . قال (ومن بنى في أرض غيره أو غرس لزمه قلعهما وردَّها) على ما بينا في الإجازات . قال عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » ولأنه أشغل ملك الغير فيؤمر بتفريغه دفعا للظلم وردَّا للحق إلى مستحقه . قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فالمالك إن شاء أخذهما وردَّ زيادة الصبغ والسويق ، وإن شاء أخذ قيمة الثوب أبيض

(١) بأن كان يصلح للبقاء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقيص اه ابن فرشته .

وَمِثْلَ السَّوِيقِ وَسَلَّمَهُمَا .

فصل

زَوَائِدُ الْغَضَبِ أَمَانَةٌ ، مُتَّصِلَةٌ كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةٌ ، وَيَضْمُنُّهَا بِالتَّعْدَى أَوْ بِالْمَنْعِ بَعْدَ الطَّلَبِ ، وَمَا نَقَصَتْ الْجَارِيَةَ بِالْوِلَادَةِ مَضْمُونٌ وَتُجْبَرُ بِوَلَدِهَا وَبِالْغُرَّةِ ؛ وَمَنَافِعُ الْغَضَبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ اسْتَوْفَاهَا أَوْ عَطَّلَهَا ،

ومثل السويق وسلمهما (لأن في ذلك رعاية الجانبين على ما تقدم وصاحب الثوب صاحب الأصل فكان الخيار له . وقال في الأصل تجب قيمة السويق بناء على أنه يتغير بالقليل فلم يصير مثليا وسماه ههنا مثليا لقيام القيمة مقامه والألوان كلها سواء . وقال أبو حنيفة : السواد نقصان ، قيل هو اختلاف عصر وزمان ، وقيل إن نقصه السواد فهو نقصان .

فصل

(زوائد الغضب أمانة متصلة كانت) كالسرى والجمال والحسن (أو منفصلة) كالولد والعقر والثرثرة والصفوف واللبن لأن الغضب لم يرد عليها لأنه لإزالة يد المالك باثبات يده ولم يوجب ، فلا يضمن ، لأن ضمان الغضب ولا غضب محال . قال (ويضمنها بالتعدي) بأن أكله أو ذبحه أو باعه وسلمه (أو بالمنع بعد الطلب) لأن الملك ثابت للغير وقد تعدى فيه فيضمنه لما مر ، وإن طلب المتصلة لا يضمن بالبيع لأن الطلب غير صحيح لعدم إمكان رد الزوائد بدون الأصل ، وقالوا : يضمنها بالبيع والتسليم كالمنفصلة : ولأبي حنيفة أن سبب الضمان لإخراج المحل من أن يكون منتفعا به في حق المالك ولم يوجد هنا لأن الزيادة المتصلة ما كان منتفعا بها في حق المالك لعدم يده عليها فلا يجب الضمان ولو زادت قيمتها فعليه قيمتها يوم الغضب لا غير لأنه سبب الضمان على ما تقدم . قال (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون) لفوات بعضها (ويجبر بولدها وبالغرة) لانعدام النقصان حكما ولأن العلوق أو الولادة سبب للزيادة والنقصان فلا يوجب الضمان كما إذا سقطت سننها ثم نبتت أو هزلت ثم سميت أو ردّ أرش اليد فانه ينجر به نقص القطع كذا هنا وصار كضمن المبيع ، وإن لم يكن بالولد وفاء انجر بقدره وضمن الباقي ، والغرة كالولد لأنها قائمة مقامه لوجهها بدلا عنه ، ولو مات وبالولد وفاء بقيمتها لشيء عليه هو الصحيح ، لأنه لما ضمنها يوم الغضب ملكها من ذلك الوقت فتبين أن النقصان حصل على ملكه فلا حاجة إلى الجابر . قال (ومنافع الغضب غير مضمونة استوفاهما أو عطّلها) أو استغل لعدم ورود الغضب عليها ولا مماثلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان وهي لا تبقى زمانين ولأنها غير متقومة ،

مَنْ اسْتَهْلَكَ خَمْرَ الذَّمَّى أَوْ خِزِيرَةً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَلَوْ كَانَ مُسْلِمًا
فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ وَيَجِبُ فِي كَسْرِ الْمَعَازِفِ قِيمَتُهَا (سم) لِغَيْرِ اللَّهِو .

ولأنما تقوّمت بالإجارة ضرورة ورود العقد عليها ولم يوجد ويضمن ما نقص باستعماله
لاستهلاكه بعض أجزائه . قال (ومن استهلك خمر الذمي أو خنزيره فعليه قيمته ، ولو كانا
لمسلم فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وإنهم يدينون
بما ليهما ، فإن الخمر والخنزير عندهم كالخلّ والشاة ، بل هما من أنفس الأموال عندهم .
وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوها » : يعني الجزية « فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين » وللمسلمين التضمن باتلاف ما يعتقلونه مالا ، فكذا يكون الذمي ،
يخلاف المسلم لأنهما ليسا مالا في حقه أصلا ، وحرمة بدلها عليه كحرمتهما ، والخمر وإن
كان مثليا فالمسلم ممنوع عن تملكه فوجبت القيمة ، أما الربا فحرام عندهم وهو مستثنى عن
حقد الذمة . قال (ويجب في كسر المعازف قيمتها لغير اللهو) وسواء كانت لمسلم أو ذمي
كالربط والطبل والدفّ والمزمار والجلنك والعود ونحوها . ويجوز بيعها . وقال : لا يضمن
ولا يجوز بيعها لأنها أعدت للمعاصي فلا تضمن كالخمر ، ومتلفها يتأول فيها النهي عن
المنكر وأنه مأمور به شرعا فلا يضمن كإذن القاضي وبل أولى . ولأني حنيفة أنها أموال
صالحة للانتفاع في جهة مباحة وتصلح لما يحلّ فيضمن ، والفساد بفعل فاعل مختار
فلا يسقط التقويم وجواز البيع لأنهما بناء على المسالية وصار كالجارية المغنية ، وتجب قيمتها
لغير اللهو كالجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي ،
فإنه تجب قيمتها غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا . ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل
منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم ، وإن كان مقطوع
الرأس يضمن قيمته منقوشا لأنه غير حرام ، والتماثيل على البساط غير محرّم فيجب قيمته
منقوشا . ولو غصب ثوبا فكساه للمالك ، أو طعاما فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم به
برى من الضمان لأنه أعاد الشيء إلى يده وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة فيراً بالنص ،
وهو قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » ولو جاء الغاصب بقيمة
المغصوب إلى المالك فلم يقبلها أجبره الحاكم على قبولها ، فإن وضعها في حجره برى ،
وإن وضعها بين يديه لا يبرأ ، بخلاف ما إذا وضع المغصوب أو الوديعة بين يديه حيث يبرأ
لأن الواجب فيه ردّ العين وأنه يتحقق بالتخلية ، والواجب في الدين القبض لتتحقق المعاوضة
والمقاصة والقبض لا يحصل بالتخلية . وروى ابن سماعة عن محمد : للقاضي أن يأخذ المال
من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبا ويحفظه عليه ، فإن ضاع فجاء المالك فله أن
يضمن الغاصب والسارق ولا يبرأ بأخذ القاضي ، لأن للقاضي التصرف في مال الغائب فيما

كتاب إحياء الموات

المَوَاتُ : مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ ، وَلَيْسَ مِلْكُ مُسْلِمٍ وَلَا ذِمِّيٍّ وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ الْعُمَرَانِ ، إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ بِطَرَفِ الْعُمَرَانِ وَنَادَى بِأَعْلَى صَوْتِهِ لَا يُسْمَعُ ، مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ (سَم) مَلَكَهُ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا ،

يُؤَدَّى إِلَى حِفْظِهِ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى إِبْرَاءِ حَقِّهِ . وَلَوْ حُلَّ دَابَّةٌ رَجُلٍ أَوْ قِيدَ عَبْدَةٍ ، أَوْ فَتَحَ قَفْصَهُ وَفِيهِ طَيْرٌ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ تَخَلَّلَ بَيْنَ فِعْلِهِ وَالتَّلَفِ فَعَلُ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ ، وَهُوَ ذَهَابُ الدَّابَّةِ وَالْعَبْدِ وَطَيْرَانِ الطَّيْرِ ، وَاخْتِيَارُهُمْ صَحِيحٌ وَتَرْكُهُ مِنْهُمْ مَتَّصُونَ ، وَالِاخْتِيَارُ لَا يَنْعَدَمُ بِانْعِدَامِ الْعَقْلِ ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَجْنُونُ يَضْمَنْ مَا يَتْلَفُهُ وَإِنْ كَانَ مَعْدُومَ الْعَقْلِ ، فَيُضَافُ التَّلَفُ إِلَى الْمُبَاشَرَةِ دُونَ السَّبَبِ كَالْخَافِرِ وَالِدَافِعِ ، وَلَوْ حُلَّ فَمُ زَقٍّ وَفِيهِ دَهْنٌ فَسَالَ ضَمْنُ لَأَنَّهُ تَسَبَّبَ لِتَلَفِهِ بِإِزَالَةِ الْمَسْكِ ، فَلَمْ يَتَخَلَّلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّلَفِ فَعَلُ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ ؛ وَلَوْ كَانَ جَامِدًا فَشَقَّهُ فَذَابَ بِالشَّمْسِ ثُمَّ سَالَ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ الْجَامِدَ يَسْتَمْسِكُ بِنَفْسِهِ لَا بِالزَّقِّ ، فَلَمْ يَكُنِ الشَّقُّ إِتْلَافًا وَإِنَّمَا صَارَ مَائِعًا بِالشَّمْسِ لَا بِفِعْلِهِ . ذَهَبَتْ دَابَّةُ رَجُلٍ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا بِغَيْرِ إِرْسَالٍ صَاحِبِهَا فَأَفْسَدَتْ زَرْعَ رَجُلٍ لِأَضْمَانِ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ ذَهَبَتْ بِاخْتِيَارِهَا وَفَعَلَهَا هَدْرًا . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْعَجْمَاءُ جِبَارٌ » وَإِنْ أُرْسِلَتْ ضَمْنُ : رَجُلٌ وَجَدَ فِي زَرْعِهِ أَوْ دَارِهِ دَابَّةً فَأَخْرَجَهَا فَهَلَكَتْ أَوْ أَكَلَهَا الذَّنْبُ لَمْ يَضْمَنْ نَصٌّ عَلَيْهِ مُحَمَّدٌ فِي الْمُتَّقَى ، قَالُوا : وَالصَّحِيحُ إِنْ أَخْرَجَهَا وَلَمْ يَسْقِهَا لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ لَهُ وَلايَةَ الْإِخْرَاجِ ، وَإِنْ سَاقَهَا بَعْدَ الْإِخْرَاجِ ضَمْنُ : رَجُلٌ أَدْخَلَ دَابَّةً فِي دَارِ رَجُلٍ فَأَخْرَجَهَا صَاحِبُ الدَّارِ فَهَلَكَتْ لَا يَضْمَنْ . وَإِنْ وَضَعَ ثَوْبًا فِي دَارِهِ فَرَمَى بِهِ فَضَاعَ ضَمْنُ لِأَنَّ الثَّوْبَ لَا يَضُرُّ الدَّارَ وَكَانَ الْإِخْرَاجُ إِتْلَافًا ، وَالدَّابَّةُ تَضُرُّ بِالدَّارِ فَلَمْ يَكُنْ إِتْلَافًا .

كتاب إحياء الموات

(الموات : ما لا ينتفع به من الأراضي) لانقطاع الماء عنه ، أو لغلبته عليه ، أو كونها حجرا أو سبخة ونحو ذلك مما يمنع الزراعة ، سُمِّيَتْ بِذَلِكَ لِعَدَمِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا كَالْمَيْتِ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ ، فَكَانَ كَذَلِكَ (وَلَيْسَ مِلْكُ مُسْلِمٍ وَلَا ذِمِّيٍّ وَهُوَ بَعِيدٌ عَنِ الْعُمَرَانِ ، إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ بِطَرَفِ الْعُمَرَانِ وَنَادَى بِأَعْلَى صَوْتِهِ لَا يُسْمَعُ مِنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ مَلَكَهُ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا) لِأَنَّ مَا كَانَ قَرِيبًا مِنَ الْعُمَرَانِ يَرْتَفِقُ النَّاسُ بِهِ عَادَةً فَيَطْرَحُونَ بِهِ الْبِيَادِزَ وَيُرْعَوْنَ فِيهِ الْمَوَاشِيَ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَعْتَبَرُ أَنَّ لَا يَرْتَفِقُ بِهِ أَهْلُ الْقَرْيَةِ وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا ، وَالْمُخْتَارُ هُوَ الْأَوَّلُ لَتَعْلُقِ حَقَّهُمْ بِهِ حَقِيقَةً أَوْ دَلَالَةً فَلَا يَكُونُ مَوَاتًا ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ مُحْتَطَبًا لَهُمْ لَا يَجُوزُ

وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِنَ الْعَامِ ، وَمَنْ حَجَرَ أَرْضًا ثَلَاثَ سِنِينَ فَلَمْ يَزْرَعْهَا دَفَعَهَا الْإِمَامُ إِلَى غَيْرِهِ .

إحياؤه لأنه حقهم ، ويشترط في الإحياء إذن الإمام ، وقالوا : لا يشترط لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » ولأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » والمراد به في المباحات ، إلا أن الحطب والحشيش والماء خص عنه بالحديث ، فبقى الباقي على الأصل ، وحديثهما محمول على الإذن لقوم مخصوصين توفيقا بين الحاديئين ، ولأنه وصل إلى يد المسلمين بالقتال والغلبة فيكون غنيمة ، ولا يحل لأحد بدون إذن الإمام كسائر الغنائم ، والمسلم والذمي سواء ، لأن الإحياء سبب الملك فيستويان فيه كسائر الأسباب ؛ ويجب فيها العشر على المسلم والخراج على الذمي لأنه ابتداء وضع ، فيجب على كل واحد ما يليق به ، وإن سقاه بماء الخراج يعتبر بالماء ؛ والإحياء : أن يبنى فيها بناء ، أو يزرع فيها زراعا ، أو يجعل للأرض مسنة (١) ونحو ذلك ، ويكون له موضع البناء والزرع دون غيره . وقال أبو يوسف : إن عمر أكثر من النصف كان إحياءا لجميعها ، وإن عمر نصفها له ماعمر دون الباقي . وذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة إن حفر فيها بئرا أو ساق إليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع ، ولو شق فيها أنهارا لم يكن إحياءا إلا أن يجري فيها ماء فيكون إحياءا (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) لما بينا ؛ ومن أحيا مواتا ثم أحاط الإحياء بجوانبه الأربعة على التعاقب فطريق الأول في الأرض من الرابعة لتعينها ، روى ذلك عن محمد . ومن أحيا مواتا ثم تركها فزرعها آخر ، قيل هي للثاني لأن الأول ملك استغلاها لأزقتها ؛ وقيل هي للأول وهو الأصح لأنها ملكه بلام الملك في الحديث . قال (ومن حجر أرضا ثلاث سنين فلم يزرعها دفعها الإمام إلى غيره) لأن التحجير ليس بأحياء ، والإمام دفعها لتحصيل المصلحة من العشر والخراج ، فإذا لم يحصل دفعها إلى غيره ليحصل . وسمى تحجيرا لوجهين : أحدهما من الحجر وهو المنع لأنه يمنع غيره عنها ؛ الثاني أنهم يضعون الأحجار حولها تعليما لحدودها لئلا يشركهم فيها أحد . والتحجير أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصانا يابسة أو قلع الحشيش أو أحرق الشوك ونحوه فانه تحجير ، وهو استيلاء (٢) وليس بأحياء ، ولهذا لو أحياها غيره قبل ثلاث سنين ملكها لأنه أحياها ، كما يكره السوم على سوم أخيه ، ولو عقد جاز العقد والتقدير بثلاث سنين مروى عن عمر رضي الله عنه فانه قال : من أحيا أرضا ميتة فهي له

(١) المسنة : ما بيني للسيل ليرد الماء اهـ مغرب .

(٢) قوله استيلاء : أى تعليم .

وَمَنْ حَفَرَ بَثْرًا فِي مَوَاتٍ فَحَرَّمَ بِهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ لِلنَّاضِحِ (سم) وَالْعَطَنِ . قَتْنٌ أَرَادَ أَنْ يَحْفَرَ فِي حَرِّمِهَا مُنْعَ ، وَحَرِّمُ الْعَيْنِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسُمِائَةَ ذِرَاعٍ ، وَالْقَنَاةُ عِنْدَ خُرُوجِ الْمَاءِ كَالْعَيْنِ ، وَلَا حَرِّمَ لِلنَّهْرِ الظَّاهِرِ (سم) إِذَا كَانَ فِي مِلْكٍ الْغَيْرِ إِلَّا بَيِّنَةً ، وَكَذَا لَوْ حَفَرَهُ فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ لَحَرِّمَ لَهُ ،

وليس للمحجر بعد ثلاث حق . قال (ومن حفر بثرًا في موات فحريمها أربعون ذراعًا من كل جانب للناضح والعطن) عند أبي حنيفة (فمن أراد أن يحفر في حريمها منع) لأن في الأراضي الرخوة يتحول الماء إلى ما يحفر دونها فيؤدي إلى اختلال حقه ، ولأنه ملك الحريم ليمكن من الانتفاع به وذلك بمنعه . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت للناضح فستون لحديث الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعًا ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعًا » ولأنه يحتاج فيها إلى سير الدابة للاستقاء وقد يطول الرشا وبئر العطن يستقي منها بيده فكانت الحاجة أقل . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بثرًا فله ما حولها أربعون ذراعًا عطنا لما شئته » من غير فصل ، ولأن استحقاق الحريم على خلاف القياس لأنه في غير موضع الأحياء وهو الحفر ، وإنما تركناه في موضع اتفق الحديثان فيه ، وما اختلفا فيه يبقى على الأصل ، ويمكن أن يدير الدابة حول البئر فلا يحتاج إلى زيادة مسير . وقال أبو حنيفة : جعل في حديث الزهري ستين ذراعًا حريمًا لمدّ الحبل لأنه يملك ما زاد على الأربعين ، ولو احتاج إلى سبعين يمدّ الحبل إليه ، وكان له مدّ الحبل لأنه يملكه . وذكر في النوادر عن محمد أن حريم بئر الناضح بقدر الحبل سبعون كان أو أكثر ، والعطن : مبرك الإبل حول الماء ، يقال : عطنت الإبل فهي عاطنة وعواطن إذا سقيت وتركت عند الحياض لتعاد إلى الشرب ، والنواضح : الإبل التي تسقى الماء ، والواحد ناضح ، وفي الحديث « كل ماسق من الزرع نضحاً ففيه نصف العشر » . قال (وحريم العين من كل جانب خمسمائة ذراع) لما سبق من الحديث ، ولأن العين تستخرج للزراعة ، ولا بدّ من موضع حوض يجمع فيه الماء ، وساقية يجري فيها الماء إلى المزارع فاحتاج إلى مسافة أكثر من البئر . قال (والقناة عند خروج الماء كالعين) وقبله قيل هو مفقوض إلى رأى الإمام ، لأنه لا بدّ للقناة من الحريم للمقي طينه ما لم يظهر ، فإذا ظهر فهو كالعين الفوّارة ، قيل هو قولهما . أما على قول أبي حنيفة لاحتريم للقناة ما لم يظهر الماء ، لأنه نهر مطوى فيعتبر بالنهر الظاهر (ولا حريم للنهر الظاهر) عند أبي حنيفة (إذا كان في ملك الغير إلا بينة ، وكذا لو حفره في أرض موات لاحتريم له) خلافاً لهما . وقال المحققون من مشايخنا : للنهر حريم بقدر

وَلَوْ غَرَسَ شَجَرَةً فِي أَرْضِ مَوَاتٍ فَحَرَّمَهَا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسَةَ أَذْرُعٍ ،
وَمَا عَدَلَ عَنْهُ الْفُرَاتُ وَدَجَلَةُ يُجُوزُ إِحْيَاؤُهُ إِنْ لَمْ يُحْتَمَلْ عَوْدُهُ إِلَيْهِ ،
وَلَا إِنْ احْتَمَلَ عَوْدُهُ لَا يُجُوزُ .

كتاب الشرب

وَهُوَ النَّصِيبُ مِنَ الْمَاءِ ، وَقِسْمَةُ الْمَاءِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ

ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه بالاتفاق . ثم قال أبو يوسف : حريمه مقدار عرض نصف
النهر من كل جانب ، لأن المعتبر الحاجة الغالبة ، وذلك بنقل ترابه إلى حافته فيكنى
ما ذكرنا . وقال محمد : عرض جميع النهر من كل جانب لأنه قد لا يمكنه إلقاء التراب من
الجانبين فيحتاج إلى إلقائه في أحدهما فيقدر في كل طرف بيطن النهر والحوض على هذا
الاختلاف . لهما أنه لا انتفاع بالنهر والحوض إلا بالحريم لأنه يحتاج إلى المشى فيه لتسهيل
الماء ، ولا يكون ذلك عادة في بطنه وإلى إلقاء الطين وأنه يخرج بنقله ، فوجب أن يكون
له حريم كالبر . وله أن الحريم على خلاف القياس لما مر تركناه في البر بالحديث ،
ولأن الحاجة في البر أكثر لأنه لا يمكن الانتفاع بماء البر بدون الاستسقاء ولا استسقاء إلا
بالحريم . أما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم . ثم قال (ولو غرس شجرة في أرض
موات فحريمها من كل جانب خمسة أذرع) ليس لغيره أن يغرس فيه ، لما روى « أن رجلا
غرس شجرة في أرض فلاة ، فجاء آخر وأراد أن يغرس شجرة إلى جانب شجرته ، فشكا
الأول إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر أن يؤخذ من شجرته جريدة فتذرع ، فبلغ
خمس أذرع ، فجعل له صلى الله عليه وسلم الحريم من كل جانب خمسة أذرع وأطلق للآخر
فيما وراء ذلك » هذا الحديث ذكره أبو داود في سننه ، وذكر في رواية « سبعة أذرع » :
قال في المحيط : هذا حديث صحيح يجب العمل به . قال (وما عدل عنه الفرات ودجلة يجوز
إحياؤه إن لم يحتمل عوده إليه) لأنه كالموات وهو في يد الإمام إذا لم يكن حريما لعامر
(وإن احتمل عوده لايجوز) الحاجة العامة إليه ، والله عز وجل أعلم بالصواب .

كتاب الشرب

(وهو النصيب من الماء) للأراضي وغيرها . قال الله تعالى - لها شرب ولكم شرب
يوم معلوم - . قال (وقسمة الماء بين الشركاء جائزة) وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
والناس يفعلونه فأقرهم عليه ، وتعامله الناس إلى يومنا من غير نكير ، وهو قسمة باعتبار
الحق دون الملك ، لأن الماء غير مملوك في النهر ، والقسمة تارة تكون باعتبار الملك ،

وَيُجُوزُ دَعْوَى الشَّرْبِ بِتَغْيِيرِ أَرْضٍ ، وَيُورَثُ ، وَيُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ
وَلَا يُبَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُتَصَدَّقُ بِهِ ، وَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا ، وَلَا بَدَلًا
فِي الْخُلْعِ ، وَلَا بَدَلًا فِي الصُّلْحِ عَنْ دَعْوَى الْمَالِ وَلَا فِي الْقَصَاصِ .
وَالْمِيَاهُ أَنْوَاعٌ : مَاءُ الْبَحْرِ ، وَهُوَ عَامٌّ لِجَمِيعِ الْخَلْقِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ بِالشَّفَةِ
وَسَقَى الْأَرْضِ وَشَقَّ الْأَنْهَارِ . وَالْأُودِيَّةُ وَالْأَنْهَارُ الْعِظَامُ كَجِيحُونَ وَسَيْحُونَ
وَالنَّيْلُ وَالْفُرَاتِ وَدَجَلَةُ ، فَالنَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِيهِ فِي الشَّفَةِ وَسَقَى الْأَرْضِ
وَتَنْصِبُ الْأَرْحِيَّةِ .

وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنائم . قال (ويجوز دعوى الشرب بغير أرض) استحسانا
لجواز أن يكون الشرب حقا له بدون الأرض بأن اشترى الأرض والشرب ثم باع الأرض
وبقى الشرب أو ورثه ، وقد يملك بالإرث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والخمر ؛ وإذا
شهدوا بشرب يوم من النهر لا تقبل إذا لم يقولوا من كم يوم ، ولو ادعى أرضا على نهر
شربها منه فشهدوا له بالأرض قضى بها وبحصتها من الشرب ، لأن الأرض لا تنفك عن
الشرب ؛ ولو ادعى الشرب وحده فشهدوا له لا يقضى بشيء من الأرض . قال (ويورث
ويوصى بمنفعته دون رقبته) لأنه حق مالي فيجوز فيه الإرث ؛ وجهالة الموصى به لا تمنع
الوصية ، لأن الوصية من أوسع العقود حتى جازت للمعدوم وبالمعدوم : قال (ولا يباع
ولا يوهب ، ولا يتصدق به) للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ، ولأنه ليس بمتمم
حتى لو سقى به غيره لا يضمن (ولا يصلح مهرا) لما بينا ويجب مهر المثل (ولا بدلا في
الخلع) حتى ترد ما قبضت من المهر (ولا بدلا في الصلح) عن دعوى المال (ولا
في القصاص) ويسقط القصاص وتجب الدية .

(والمياه أنواع) الأول (ماء البحر ، وهو عام لجميع الخلق الانتفاع به بالشفة
وسقى الأرض وشق الأنهار) لا يمنع أحد من شيء من ذلك كالانتفاع بالشمس والهواء .
(و -) الثاني (الأودية والأنهار العظام كجيحون وسيحون والنيل والفرات ودجلة ،
فالناس مشتركون فيه في الشفة وسقى الأرض ونصب الأرحية) والدوالي إذا لم يضر
بالعامة ، وذلك بأن يحجى مواتا ويشق نهرا لسقيها ليس في ملك أحد لأنه مباح في الأصل
، وغلبة الماء تمنع قهر غيره واستيلاءه عليه ، وإن كان يضر بالعامة فليس له ذلك ، لأن
دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك بأن يكسر ضفته فيميل الماء إلى جانبها فيغرق الأراضي
والقرى ، وكذا شق الساقية للرحى والدالية .

«وَمَا يَجْرِي فِي نَهْرٍ خَاصٍّ لِقَرْيَةٍ فَلِغَيْرِهِمْ فِيهِ شَرَكَةٌ فِي الشَّقَّةِ ؛ وَمَا أُحْرَزَ فِي حُبٍّ وَنَحْوِهِ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا بِدُونِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَلَهُ بَيْعُهُ ، وَلَوْ كَانَتِ الْبُيُوتُ أَوْ الْعَيْنُ أَوْ النَّهْرُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ لَهُ مُنْعُ مَنْ يُرِيدُ الشَّقَّةَ مِنَ الدَّخُولِ فِي مِلْكِهِ إِنْ كَانَ يَجِدُ غَيْرَهُ يَقْرُبُهُ فِي أَرْضٍ مُبَاحَةٍ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَإِمَّا أَنْ يَتْرُكَهُ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُخْرِجَ الْمَاءَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ مَنَعَهُ وَهُوَ يَخَافُ الْعَطَشَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَطْيِئَتِهِ قَاتِلَهُ بِالسَّلَاحِ ، وَفِي سُحْرٍ بِالْإِنَاءِ يُقَاتِلُهُ بِغَيْرِ سِلَاحٍ ، وَالطَّعَامُ حَالَةً الْمَخْمَصَةِ كَالْمَاءِ الْمُحْرَزِ بِالْإِنَاءِ .

(و) الثالث (ما يجري في نهر خاص لقريه فليغيرهم فيه شركة في الشفة) وهو الشرب والسقي للدواب ، ولهم أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لاغير ، وإن أتى على الماء كله . روى أنه وردت على أبي حنيفة مسائل من خراسان فدفعها إلى زفر ليكتب فيها : منها رجل له ماء يجري إلى مزارعه فيجسئ رجل فيسقي إبله ودوابه منه حتى ينفذه كله هل له ذلك ؟ فكتب زفر : ليس له ذلك ، فعرضها على أبي حنيفة فغلطه وقال : لصاحب الإبل ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاث » الحديث ، والحديث يشمل الشرب والشرب ، إلا أن الشرب خص في النهر الخاص دفعا للفرار عن أهله ، وبقي حق الشفة للضرورة إما لشدة الحاجة ، أو لأنه لايقدر على استصحاب الماء في كل مكان . والبئر والحوض حكمهما حكم النهر الخاص .

(و) الرابع (ما أحرز في حب ونحوه فليس لأحد أن يأخذ منه شيئا بدون إذن صاحبه وله بيعه) لأنه ملكه بالإحراز وصار كالصيد والحشيش إلا أنه لايقطع في سرقته لقيام شبهة الشركة فيه بالحديث . قال (ولو كانت البئر أو العين أو النهر في ملك رجل له منع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إن كان يجد غيره بقربه في أرض مباحة ، فإن لم يجد فاما أن يتركه يأخذ بنفسه) بشرط أن لايكسر ضفته (أو يخرج الماء إليه ، فإن منعه وهو يخاف العطش على نفسه أو مطيئته قاتله بالسلاح) لما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلهم على البئر فأبوا ، فسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا ، فقالوا لهم : إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تنقطع فأبوا أن يعطوهم ، فذكروا ذلك لعمر رضى الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح ؟ ولأنه منع المضطر عن حقه ، لأن حقه ثابت في الشفة فكان له أن يقاتله بالسلاح (وفي المحرز بالإناء يقاتله بغير سلاح) لأنه ملكه بالإحراز حتى كان له تضمينه ، إلا أنه مأمور أن يدفع إليه قدر حاجته فبالمنع خالف الأمر فيؤذبه (والطعام حالة المخمصة كالماء المحرز بالإناء) في الإباحة والمقاتلة والضمان لما بينا ،

فصل

كَرَى الْأَنْهَارِ الْعِظَامَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَمَا هُوَ مَمْلُوكٌ لِلْعَامَّةِ فَكَّرِيهِ
عَلَى أَهْلِهِ ، وَمَنْ أَبِي مِنْهُمْ يُجْبَرُ ،

ولو كان النهر أو البئر في موات قد أحياء فليس له أن يجمع صاحب الشفة من الدخول إذا كان لا يكسر المسناة ، لأن الموات كان مشتركا والإحياء لحق مشترك فلا يقطع حق الشفة . والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون » وفي رواية « الناس مشتركون في ثلاث : في الماء والكلا والنار » أثبت الشركة فيها للناس كافة ، المسلمون والكفار فيه سواء فحكم الماء ما ذكرنا . وأما الكلا إن كان في أرض مباحة فالناس فيه شركاء في الاحتشاش والرعى كاشتراكهم في ماء البحر ، وإن كان في أرض مملوكة ولله نبت بنفسه فهو كالنهر في أرضه لا يمنع عنه وله المنع من الدخول في ملكه ، وإن لم يجد غيره فعلى التفصيل الذي ذكرنا في الماء ، وإن أثبت في أرضه فهو مملوك له ، والكلا ما انبسط على الأرض ولا ساق له كالإذخر ونحوه ؛ أما ماله ساق فهو شجر وهو ملك لصاحب الأرض لأنه عليه الصلاة والسلام إنما أثبت الشركة في الكلا لافي الشجر ، والعوسج من الشجر . وأما النار فلو أوقد ناراً في مفازة فالجمر ملكه وليس له أن يمنع أحداً من الاستضاءة والاصطلاء وأن يتخذ منها سراجاً ، لأن الجمر من الحطب وأنه ملكه والنور جوهر الجمر ، ولأننا لو أطلقنا الناس في أخذ الجمر لم يبق له ما يصطلى به ولا ما يخبز ويطبخ به ، وإن أوقد النار في ملكه فله أن يمنع غيره من الدخول في ملكه لامن النار كما مر في الماء والكلا .

فصل

(كَرَى الْأَنْهَارِ الْعِظَامَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ) وهي التي لا تدخل في المقاسم كسيحون وإخوته جيحون والنيل ودجلة والفرات وما شابهها ، لأن منفعتها للعامة فيكون في مالهم ، فإن لم يكن في بيت المال شيء أجبر الناس على كرهه إذا احتاج إلى الكرى لإحياء لحق العامة ودفعاً للضرر عنهم ، لكن يخرج الإمام من يطبق العمل ويجعل ثلثتهم على المياسير الذين لا يطبقونه (وما هو مملوك للعامة فكرهه على أهله) لأن منفعتهم لهم (ومن أبي منهم يجبر) دفعاً للضرر العام ، وهو ضرر الشركاء بالضرر الخاص ، كيف وفيه منفعة فلا يعارضه وإن كان فيه ضرر عام بأن خافوا أن ينشق النهر فيخرج الماء إلى طريق المسلمين وأراضيهم ، فعليهم تحصينه بالحصص ، والنهر المملوك لجماعة مخصوصين فكرهه عليهم ، ومن أبي منهم قيل يجبر لما مر ، وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ، ويمكن دفعه بالكري بأمر القاضي ، ثم يرجع على الآبي ، ولا كذلك الأول .

وَمَثُونَةُ الْكَرَى إِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ تَرْفَعُ عَنْهُ (سَم) ، وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ الشَّقَةِ شَيْءٌ مِنَ الْكَرَى . نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ لَيْسَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ مَنَعُهُ . نَهْرٌ بَيْنَ قَوْمٍ اخْتَصَمُوا فِي الشَّرْبِ فَهُوَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ أَرْضِيهِمْ ، وَلَيْسَ لِلْأَعْلَى أَنْ يُسْكِرَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ إِلَّا بِأَرْضِيهِمْ ،

قال (ومثونة الكرى إذا جاوز أرض رجل ترفع عنه) وقالوا : الكرى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بمخصص الشرب والأراضي لأن الأعلى يحتاج إلى ما وراء أرضه لتسهيل ما فضل من مائه كى لا يفرق أهله . ولأبى حنيفة أنه متى جاوز الكرى أرضه تمكن من سقيها واندفعت حاجته فلا يلزمه ما بعد ذلك ، حتى لو أمكنه السقى بدون الكرى لا يجب عليه الكرى وما ذكر من الحاجة يندفع بسده من أعلاء ، وليس على صاحب المسيل عمارته كمن له على سطح آخر مسيل ماء . وإذا جاوز الكرى أرض رجل هل له أن يفتح الماء ؟ قيل له ذلك لأن الكرى قد انتهى في حقه ، وقيل لا ، لأنه لا يختص بالانففاع بالماء ، ولهذا جرت العادة بالكرى من أسفل النهر أو بترك بعضه من أعلاه . قال (وليس على أهل الشقة شيء من الكرى) لأنها شركة عامة . قال (نهر لرجل يجري في أرض غيره ليس لصاحب الأرض منعه) لأن صاحب النهر مستعمل له بأجزاء مائه عملا بالبيئة ، وعلى هذا المصعب في نهر أو على سطح والميزاب والطريق في دار غيره إلا أنه لا بد له أن يقول في الدعوى مصعب ماء الوضوء أو المطر أو غيره لمكان التفاوت . قال (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود من الشرب سقى الأرض فيقدر بقدرها ، بخلاف الطريق لأن التطرق إلى الدار الواسعة والضيقة سواء ، ولو كان لبعض الأراضي ساقية ولل بعض دالية ولا شيء للبعض وليس لها شرب معلوم فالشرب بينهم على قدر أراضيهم التي على حافة النهر ، لأن المقصود من النهر سقى الأرض لا اتخاذ السواقي والدوالي فيستوى حالهم فيما هو المقصود ، ولأن الأراضي في الأصل لا بد لها من شرب ، وإن كان لها شرب معروف من غير هذا النهر فلا حق له في هذا النهر . قال (وليس للأعلى أن يسكر (١) حتى يستوفى إلا بتراضيهم) لما فيه من إبطال حق الباقي وهو منع الماء عنهم في بعض المدة ، ولأنه يحتاج إلى إحداث شيء في وسط النهر وربما ينكس ما يحدث فيه عند السكر ، ورقبته مشتركة بينهم فلا يجوز لكن يشرب بمحضته ، فإذا رضوا بذلك جاز لأن الحق لهم ، وكذلك لو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد في نوبته جاز لما قلنا . لكن لا يسكر إلا بلوح أو باب ولا يسكر بالطين والتراب لأنه يكبس النهر وفيه ضرر ، وإن

(١) والسكر : السد . قال في مختار الصحاح : وسكر النهر : سده ؛

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَشُقَّ مِنْهُ نَهْرًا ، أَوْ يَنْصَبَ عَلَيْهِ رَحَى أَوْ يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا أَوْ يُوَسِّعَ فَهْ ، أَوْ يَسُوقَ شَرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا شَرْبٌ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ ، وَلَوْ كَانَتِ الْقِسْمَةُ بِالْكُوى فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَقْسِمَ بِالْأَيَّامِ ، وَلَا مُنَاصَفَةً ، وَلَا يَزِيدُ كُوةً ، وَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِالْبَاقِينَ .

كتاب المزارعة

وَهِيَ عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ ، وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَ مُحَمَّدٍ ،

لم يسكر باللوح فبالتراب . قال (وليس لأحدهم أن يشق منه نهرا ، أو ينصب عليه رحى ، أو يتخذ عليه جسرا أو يوسع فه ، أو يسوق شربه إلى أرض ليس لها شرب إلا بتراضيهم) أما شق النهر ونصب الرحى فلأن فيه كسر ضفة النهر وشغل ملك الغير بينائانه ، إلا أن لا تضر الرحى بالنهر ولا بالماء ويكون مكانها له خاص فيجوز ، لأنه تصرف في ملكه من غير إضرار بالغير . وأما اتخاذ الجسر فهو كطريق خاص بين قوم والقنطرة كالجسر . وأما توسعة فه لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه . وأما سوق شربه إلى أرض أخرى فلأنه ربما تقادم العهد فيدعيه ويستدل به على أنه له ، فاذا رضوا بذلك جاز لأنه حقهم . قال (ولو كانت القسمة بالكوى فليس لأحدهم أن يقسم بالأيام ، ولا مناصفة) لأن الحق ظهر بذلك فيترك على حاله ، إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما . قل (ولا يزيد كوة وإن كان لا يضر بالباقيين) لما بينا ، بخلاف النهر الأعظم لأن له أن يشق فيه نهرا مبتدأ فزيادة الكوة أولى .

كتاب المزارعة

(وهى) مفاعلة من الزراعة وهى الحرث والفلاحة ، وتسمى مخابرة ، مشتقة من خير « فإنه صلى الله عليه وسلم دفع خير مزارعة » فسميت المزارعة مخابرة لذلك ، أو من الخير وهو الإكار ، أو من الخبرة بالضم : النصيب ، أو من الحبار : الأرض اللينة ، وتسمى المحاقلة مشتقة من الحقل وهو الزرع إذا تشعب قبل أن يغلف سوقه ، ، وقيل الحقل : الأرض الطيبة الخالصة من شائبة السبخ الصالحة للزراعة وتسميه أهل العراق القراح . وفى الشرع (عقد على الزرع ببعض الخارج ، وهى جائزة عند أبي يوسف ومحمد) لأن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خير على نصف ما يخرج من تمر وزرع ، ولأن الحاجة ماسة إليها لأن صاحب الأرض قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد ما يستأجر به والقادر على العمل

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هِيَ فَاسِدَةٌ ، وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا ، وَلَا بُدَّ فِيهَا مِنَ التَّأْقِيتِ ، وَمِنْ صِلَاحِيَةِ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ ، وَمِنْ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الْبَذْرِ ، وَمَعْرِفَةِ جِنْسِهِ ، وَنَصِيبِ الْآخَرِ ، وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ ، وَأَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا حَتَّى لَوْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قَفْزَانًا مَعْلُومَةً ، أَوْ مَا عَلَى السَّوَادِ ، أَوْ أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْبَذْرِ بِذَرِّهِ ، أَوْ الْخَرَاجَ فَسَدَتْ ، وَإِنْ شَرَطَ رَفَعَ الْعُشْرَ جَازَ ،

لايجد أرضا ولا ما يعمل به ، فدعت الحاجة إلى جوازها دفعا للحاجة كالمضاربة (وعند أبي حنيفة هي فاسدة) لما روى رافع بن خديج قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا ، نهانا إذا كان لأحدنا أرض أن نعطيهما ببعض الخارج ثلثه أو نصفه ، وقال : من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه » وهذا متأخر عما كانوا يعتقدونه من الإباحة ويعملونه فاقتضى نسخه . وعن زيد بن ثابت قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قال : قلت وما المخابرة ؟ قال : أن تأخذ أرضا بثلث أو نصف أو ربع » وعن ابن عمر قال : كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى ذكر رافع بن خديج « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » فتركناه من أجل قوله ؛ ولأنه استنجار بأجرة مجهولة معدومة وذلك مفسد ؛ ولأنه استنجار ببعض ما يحصل من عمله فلا يجوز كقفيز الطحان ، وحديث خبير محمول على أنه خراج مقاسمة ، فانه عليه الصلاة والسلام لما فتح خيبر عنوة ترك خيبر على أهلها بوظيفة وظفها عليهم ، وهى نصف ما يخرج من نخيلهم وأراضيهم (والفتوى على قولهما) لحاجة الناس ، وقد تعامل بها السلف فصارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة . قال الحصري : وأبو حنيفة هو الذى فرّع هذه المسائل على أصوله لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله . قال (ولا بدّ فيها من التأقيت) لأنها تنعقد إجارة ابتداء وشركة انتهاء ، ولأنها ترد على منفعة الأرض والعامل فلا بدّ من تعيين المدة كالإجارة . قال (ومن صلاحية الأرض للزراعة) ليحصل المقصود إذ هى المحلّ . قال (ومن معرفة مقدار البذر) قطعاً للمنازعة (ومعرفة جنسه) لأنه الأجرة (ونصيب الآخر) لأنه يستحقه عوضا بالشرط ، ولا بدّ أن يكون العوض معلوما . قال (والتخلية بين الأرض والعامل) لما مرّ فى المضاربة (وأن يكون الخارج مشتركا بينهما) لما مرّ فى المضاربة فكلّ شرط يؤدّى إلى قطع الشركة يفسدها (حتى لو شرطاً لأحدهما قفزاناً معلومة ، أو ما على السواقي ، أو أن يأخذ ربّ البذر بلره ، أو الخراج فسدت) لأنه يؤدّى إلى قطع الشركة ، وقد مرّ فى المضاربة . قال (وإن شرط رفع العشر جاز) لأنه لا يؤدّى إلى قطع الشركة لأنه لا بدّ أن يبقى بعده تسعة أعشار فتبقى الشركة فيه ، بخلاف الخراج والبذر لأنه قد لا يخرج

وَإِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ لِيُؤَحِّدٍ ، وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ لِآخَرَ ، أَوْ كَانَتِ الْأَرْضُ
لِيُؤَحِّدٍ وَالْبَاقِي لِآخَرَ ، أَوْ كَانَ الْعَمَلُ مِنْ وَاحِدٍ وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَهِيَ صَحِيحَةٌ ،
وَإِذَا صَحَّتِ الْمَزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ ، فَإِنْ لَمْ يُخْرَجْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءٌ لِلْعَامِلِ
وَمَا عَدَا هَذِهِ الْوُجُوهَ فَاسِدَةٌ ،

إلا ذلك القدر أو أقل منه ، فيؤدى إلى قطع الشركة فيبطل . قال (وإذا كانت الأرض
والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر ، أو كانت الأرض لواحد والباقي لآخر ، أو كان العمل
من واحد والباقي لآخر فهي صحيحة) لأنه استئجار للأرض أو للعامل . أما الأول فلأنه
استئجار للعامل والبقر آلة العمل فكانت تابعة له لا يقابلها أجره كإبرة الخياط . وأما الثاني
فهو استئجار الأرض ببعض معلوم فصار كالدراهم المعلومة . وأما الثالث فهو استئجار
للعامل ليعمل بآلة المستعمل كما إذا شرط على الخياط أن يخيط بكرة صاحب الثوب (وإذا
صحّت المزارعة فالخارج على الشرط) عملا بالتزامهما ، قال عليه الصلاة والسلام « المؤمنون
عند شروطهم » (فان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل) لأنها شركة في الخارج ولا خارج
وصار كالمضارب إذا لم يربح ، وإن كانت لإجارة فقد عين الأجرة فلا يستحق غيرها ،
بخلاف الفاسدة ، لأن أجر المثل يتعلق بالذمة فلا يفوت بفوات الخارج . قال (وما عدا
هذه الوجوه فاسدة) وهي ثلاثة أيضا : وهي أن يكون البقر والآلات من رب الأرض
والبذر من العامل ، أو يكون البذر من أحدهما والباقي من الآخر ، أو تكون الأرض من
واحد والبقر من آخر والبذر من آخر والعمل من آخر . أما الأول فمذكور رواية الأصل
وروى عن أبي يوسف رحمه الله جوازه لأنه استئجار الأرض ببعض الخارج فيجوز ويجعل
البقر تبعاً للأرض كما يجعل تبعاً للعامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر من جنس منفعة العامل
لأن الكل عمل فأمكن جعلها تبعاً للعامل وليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض
قوة في طبعها بخلق الله تعالى يحصل بها الثماء فلا يمكن جعلها تبعاً . وأما الثاني فلأنه شركة
بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع . وأما الثالث فلما روى أن أربعة اشتركوا على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبل أحدهم الأرض ، ومن قبل الآخر البذر ، ومن قبل
الآخر البقر ، ومن قبل الآخر العمل فأبطلها عليه الصلاة والسلام . قال أبو جعفر الطحاوى
رحمه الله في شرح الآثار : فرزعو ثم حصدوا ثم أتوا النبي صلى الله عليه وسلم ، فجعل
الزرع لصاحب البذر ، وجعل لصاحب العمل أجراً معلوماً ، وجعل لصاحب الفدان كل
يوم درهماً ، وألغى الأرض في ذلك . ووجه آخر فاسد أيضاً ، وهو أن يكون البذر والبقر
من جانب والعمل والأرض من جانب ، لما مرّ في الوجه الثاني .

وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر ، وللاخير أجر عمله أو أجر أرضه لايزاد على قدر المسمى (م) ، ولو شرطا التبن لرب البذر صح ، وإن شرطاه للاخير لايصح ، وإن عقداها فامتنع صاحب البذر لم يجبر ، وإن امتنع الآخر أجبر إلا أن يكون عذر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة ،

قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه ، والآخر إنما يستحقه بالتسمية وقد فسدت (وللاخير أجر عمله) إن كان البذر من رب الأرض (أو أجر أرضه) إن كان البذر من قبل العامل (لايزاد على قدر المسمى) لأنه رضى بقدر المسمى . وقال محمد رحمه الله : تجب بالغة ما بلغ ، وقد سبق في الإجارة . وإذا كان البذر لرب الأرض في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأنه نماء بذره في أرضه ، وإن كان من العامل طاب له قدر بذره وقدر أجر الأرض ، وتصدق بالفضل لأنه حصل من بذره لكن في أرض مملوكة للغير بعقد فاسد أوجب خبثا ، فإما كان عوض ماله طاب له وتصدق بالفضل ، وإن شرطتا عملهما جميعا فهي فاسدة ، لأن البذر إن كان من صاحب الأرض وقد شرط عمله لم توجد التخلية بين الأرض والعامل ، وقد بينا أنها شرط ؛ وإن كان من العامل فالعامل قد استأجر الأرض ، فإذا شرط عمل صاحبها لم يسلم له ما استأجر فيبطل ، ولو شرطا الخارج كله لأحدهما والبذر من صاحب الأرض جاز ، فإن شرطاه له يكون مستعينا بالعامل ليزرع أرضه ، وإن شرطاه للعامل يكون إجارة للأرض وإقراضا للبذر منه ؛ وإن كان البذر من العامل فإن شرطاه لرب الأرض فسدت ، والخارج لرب البذر وعليه مثل أجر الأرض لأنه يصير مستأجرا للأرض بجميع الخارج وأنه يقطع الشركة ، وإن شرطاه للعامل جاز ويكون معبرا أرضه منه . قال (ولو شرطا التبن لرب البذر صح) معناه بعد شرط الحب بينهما لأنه حكم العقد لأن التبن من البذر (وإن شرطاه للاخير لايصح) لأنه ربما لاينخرج إلا التبن ، وهو إنما يستحقه بالشرط ، ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت الشركة في المقصود ، والتبن لرب البذر لأنه نماء بذره ، وقيل بينهما تبعا للحب ؛ ولو شرطا التبن لأحدهما والحب للآخر فهي فاسدة لأنه ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب . قال (وإن عقداها فامتنع صاحب البذر لم يجبر) ولا شيء عليه من عمل الكراب في القضاء ، ويلزمه ديانة أن يرضيه لأنه غره ؛ والأصل فيه أن المزارعة غير لازمة في حق صاحب البذر لأنه لايمكنه الوفاء بالعقد إلا باتلاف ماله وهو البذر ، وهي لازمة في حق الآخر ، لأن منفعة العامل أو منفعة الأرض صارت مستحقة للآخر فيجب عليه تسليمها . قال (وإن امتنع الآخر أجبر) لأن العقد لازم كالإجارة ولا ضرر عليه في الوفاء به (إلا أن يكون عذر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة) لأنها في معنى الإجارة ؛ وإذا لزم رب الأرض دين واحتاج

وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ الْكَرَّابِ وَحَقْرِ الْأَنْهَارِ ، وَأُجْرَةِ الْحَصَادِ
وَالرَّفَاعِ وَالْدِيَّاسِ وَالتَّنْذِرِيَّةِ عَلَيْهِمَا بِالْحَصَصِ ، وَلَوْ شَرَطَا ذَلِكَ عَلَى الْعَامِلِ
لَا يَجُوزُ ؛ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ جَوَّازُهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى ؛ وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ
بَطَلَتْ ؛

إلى بيعها فيه باعها الحاكم كما في الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بأجرة للكراب وحفر
الأنهار) لأن المنافع إنما تنقوم بالعقد وإنما قومت بالخارج وقد انعدم ؛ ولو نبت الزرع
ولم يحصد لاتباع الأرض حتى يستحصد لما فيه من إبطال حق المزارع وتأخير حق رب
الدين أهون ، ولا يحبس القاضي لأنه ليس بظالم والحبس جزاء الظلم . قال (وأجرة الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص) لأن العقد انتهى بانتهاء الزرع لحصول
المقصود ، فبقي مالا مشتركا بينهما بغير عقد فتكون مثنوته عليهما ؛ فان أنفق أحدهما بغير
إذن الآخر ولا أمر القاضي فهو متبرع ، إذ لا ولاية له عليه (ولو شرطا ذلك على العامل
لا يجوز) وأصله أنه متى شرط في المزارعة ما ليس من أعمالها فسدت ، لأنه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه نفع لأحدهما فصار كاشتراط الحمل عليه (وعن أبي يوسف جوازه ، وعليه
الفتوى) للعامل كالاتصاف ؛ ولو شرطا ذلك على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم
التعارف ، وإن شرطا ما هو من أعمال الزراعة لا يفسدها ، وهو كل عمل ينبت ويزيد
في الخارج ، وما لا ينبت ولا يزيد ليس من عملها ، وكل شرط ينتفع به رب الأرض بعد
انقضاء المدة يفسدها ، ككرى الأنهار ، وطرح السريقين في الأرض ، وبناء الحائط ،
وتثنية الكراب ؛ وقيل إن كانت المزارعة ستين لاتفسد في الثانية ، لأن منفعتها لاتبقى ؛
وقيل إن كان في الخضرة لاتفسد أيضا ، لأن منفعتها لاتبقى بعدها ، فانه لو كرب مرارا
لاتبقى منفعتها بسقي واحد ، ولو بقيت فسدت .

واختلفوا في الثانية ، وقيل هو أن يكرها مرتين وهو المشهور وفيه الكلام ؛ وقيل أن
يكرها بعد الحصاد ويسلم الأرض مكروبة ، وهذا فاسد بكل حال ، فكل عمل قبل
الإدراك مما يحصل به الخارج كالحفظ والسقي على العامل ، لأن رأس المال العمل ، وما
بعد الإدراك قبل القسمة عليهما على ما ذكرنا كالحصاد وإخوته ، وما بعد القسمة كالحمل
والطحن عليهما بالإجماع ؛ ولو أراد فصل الزرع قصيلا أو جذاذ الثمرة بسرا أو التقاط
الرطب فهو عليهما ، لأنهما أنهما العقد بعزمهما فصار كما بعد الإدراك . قال (وإذا مات
أحد المتعاقدين بطلت) لما مر في الإجارة ، ولو مات رب الأرض والزرع لم يستحصد
ترك حتى يحصد مراعاة للحقين وينتقض فيما بقي إن كان العقد على أكثر من سنة ، لأن

وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُدْرِكِ الزَّرْعُ فَعَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرَةُ نَصِيهِ مِنْهُ
الْأَرْضِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ ، وَتَفَقَّةُ الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا حَتَّى يُسْتَحْصَدَ .

كتاب المساقاة

وَهِيَ كَالْمُزَارَعَةِ فِي الْخِلَافِ وَالْحُكْمِ فِي الشُّرُوطِ إِلَّا الْمُدَّةَ ،

بقائه في السنة الأولى لما بينا من العذر ، وقد زال ولا ضرر فيه على العامل لما تقدم
ولو مات بعد ما كرب وحفر انتقضت ، ولا شيء للعامل في مقابلة عمله ، وقد مرّ
قال (وإذا انقضت المدّة ولم يدرك الزرع فعلى المزارع أجرة نصيبه من الأرض حتى
يستحصد) لأن إبقاء الزرع بأجرة المثل نظرا للجانيين . قال (ونفقة الزرع عليهما حتى
يستحصد) لانتهاء العقد فصار عملا في مال مشترك فيكون عليهما ؛ ولو مات ربّ الأرض
والزرع بقل ، فالعمل على العامل لبقاء العقد ببقاء مدّته .

فصل

ومن سقى أرضه فسال من مائه إلى أرض غيره ففرقها أو نزت إليها فلا ضمان عليه .
معناه : إذا سقاء سقيا معتادا ، أما إذا كان غير معتاد ضمن لأنه متعدّد ، لأنه تسبب لتفريق
أرض الغير غالبا ، ولو كان في أرضه جحر فأرة فخرج منه الماء إلى أرض جاره ففرقت
إن لم يعلم به لم يضمن لعدم التعدّي ، وإن علم ضمن للتعدّي ، وعلى هذا إذا فتح رأس
نهره فسال إلى أرض جاره ففرقت إن كان معتادا لا يضمن وإلا ضمن ؛ وكذا لو أحرق
الكلاء والحصائد في أرضه فذهبت النار فأحرقت شيئا لغيره إن كان إيقادا معتادا لا يضمن .
وإلا ضمن ؛ وقيل إن كان يوم ريح وعلم أن النار تتعدّي ضمن .

كتاب المساقاة

وتسمى معاملة ، مفاعلة من السقى والعمل ، وهي أن يقوم بما يحتاج إليه الشجر من
تلقيح وعسف وتنظيف السواقي وسقى وحراسة وغير ذلك (وهي كالمزارعة في الخلاف
والحكم) وقد مرّ . قال (وفي الشروط إلا المدّة) والقياس أن تذكر المدّة لما فيها من
معنى الإجارة ؛ وفي الاستحسان يجوز وإن لم يبينها ، وتقع على أول ثمرة تخرج ، لأن
وقت إدراك الثمرة معلوم والتفاوت فيه قليل ويدخل فيه المتيقن ، بخلاف الزرع فإنه يختلف
كثيرا ابتداء وانتهاء ، ربيعا وخريفًا وغير ذلك ، وفي الرطوبة إدراك بذرها لأن له نهاية
معلومة ، معناه : إذا دفعها بعد ما تنهى نباتها ولم تخرج البذر فيقوم عليها ليخرج البذر ،

وَأَنَّ سَمِيًّا مُدَّةً لَا تَخْرُجُ الثَّمَرَةُ فِي مِثْلِهَا فَهِيَ فَاسِدَةٌ ، وَإِنْ دَفَعَ تَخْلًا
أَوْ أَصُولَ رَطْبَةٍ لِيَقُومَ عَلَيْهَا وَأُطْلِقَ لَا يَجُوزُ فِي الرُّطْبَةِ إِلَّا بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ،
وَيَجُوزُ الْمَسَاقَاةُ فِي الشَّجَرِ وَالْكَرْمِ وَالرَّطَابِ وَأَصُولِ الْبَاذِجَانِ إِذَا كَانَتْ تَزِيدُ
بِالسَّقْيِ وَالْعَمَلِ وَتَبْطُلُ بِالمَوْتِ .

أما إذا دفعها وقد نبتت ، أو دفع البذر لبيذره فهي فاسدة ؛ وإن كان وقت جزها معلوما
جاز ، ويقع على الجزة الأولى كالثمرة في الشجر ؛ ولو دفع غرس شجر أو كرم قد علق
ولم تبلغ الثمرة على أن يقوم عليه والخارج نصفان فهي فاسدة لجهالة المدة ، فانه يختلف
بقوة الأرض وضعفها ، ولا يدري متى تحمل ، فان سميا مدة يعلم أنها تثمر فيه جاز . قال
(وإن سميا مدة لا تخرج الثمرة في مثلها فهي فاسدة) لفوات المقصود وهي الشركة في الخارج
وإن شريطا وقتا قد تدرك الثمرة فيه وقد تتأخر عنه فهي موقوفة لأننا لا نتيقن بفوات المقصود ،
فان أدركت فيه تبين أنها كانت جائزة ، وإن لم تدرك ففاسدة ، وله أجر مثله لفساد العقد ،
وكذلك إن أخرجت في تلك السنة مالا يرغب فيه ، وإن أحاك في تلك السنة فلم تخرج
شيئا فهي جائزة ، لأنه متى كان خروج الثمرة موهوما انعقدت موقوفة فلا تنقلب فاسدة .
قال (وإن دفع نخلا أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لا يجوز في الرطبة إلا بمدة معلومة)
لأنه ليس لها نهاية معلومة ، لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجعلت المدة ، ومعناه إذا
لم يعلم وقت جوازها على ما تقدم . قال (ويجوز المساقاة في الشجر والكرم والرطاب وأصول
الباذجان) لأن لعمله تأثيرا في نمائه وجودته لعموم الحاجة في الكل ، وأهل خير كانوا
يعملون في الأشجار والرطاب ، وإنما يجوز ذلك (إذا كانت تزيد بالسقي والعمل) كالطلع
والبلح والبسر ونحو ذلك حتى يكون لعمله أثر يستحق به شيئا من الخارج حتى لو دفعها
وقد انتهت الثمرة في العظم ولا تزيد بعمله لا يجوز ، لأنه لا أثر لعمله وهو إنما يستحق به ،
ومتى فسدت المساقاة فله أجر مثله وقد بيناه ، وعلى هذا الزرع إن دفعه وهو بقل جاز ،
وإن كان قد استحصد لا يجوز . قال (وتبطل بالموت) لأنها في معنى الإجارة وقد مر ،
فان مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه حتى تدرك الثمرة ، وإن أبي
الورثة ذلك دفعا للضرر عنه ولا ضرر عليهم في ذلك ؛ ولو أراد العامل قطعه وإدخال الضرر
على نفسه فالورثة بالخيار ، إما أن يقسموا البسر على الشرط ، أو يعطوه قيمة نصيبه بسرا ،
أو ينفقوا على البسر ويرجعوا به على العامل ، لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم ، ودفعه متعين
بما ذكرنا وإن مات العامل فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن كره رب الأرض لما ذكرنا
وفيه نظر للجانبين وإن أرادوا قطعه بسرا فلصاحب الأرض الخيارات الثلاث على ما بيناه
وإن ماتا فورثة كل واحد كالمورث ونظيره في المزارعة إذا مات المزارع وقد نبت الزرع

كتاب النكاح

فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن أبى رب الأرض لما بيننا وإن أرادوا قلعه فلهالك الخيارات الثلاث على ما بيننا ، وإذا انقضت مدة المساقاة فهو كالموت ، وللعامل أن يقوم عليها حتى تدرك ولا أجر عليه ، بخلاف المزارعة ، لأن الأرض يجوز استئجارها ولا يجوز استئجار الشجر والعمل كله على العامل ، بخلاف المزارعة حيث تكون عليهما ، لأنه لأجر عليه هنا ، فيكون العمل عليه حتى ينتهى . أما في المزارعة لما وجب عليه مثل نصف أجر الأرض لا يستحق عليه العمل ، وتفسخ بالأعذار كما في الإجارة ؛ وما يختص بها من الأعذار كون العامل سارقا يسرق السعف والخشب والثمر قبل الإدراك ، لأنه يلزم المالك ضرر لم يلتزمه ؛ ومنها مرض العامل إذا أعجزه عن العمل لأنه يلزمه الاستئجار بزيادة أجر وأنه ضرر لم يلتزمه ، وليس للمالك الفسخ بغير عذر لما بيننا في المزارعة أن المساقاة تلزم من الجانبين .

كتاب النكاح

وهو في اللغة الضم والجمع ، ومن أمثالهم : أنكحنا الفراء فسرى (١) : أى جمعنا بين حمار الوحش والأتان لتنظر ما يتولد منهما ، يضرب مثلاً لقوم يجتمعون على أمر لا يدرون ما يصدر عنهم . وحكى المبرد عن البصريين وغلّام ثعلب عن الكوفيين : أن النكاح عبارة عن الجمع والضم . وفي الشرع عبارة عن ضمّ وجمع مخصوص وهو الوطء ، لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضمّ كل واحد إلى صاحبه حتى يصيرا كالشخص الواحد ، وقد يستعمل في العقد مجازاً لما أنه يثول إلى الضمّ ، وإنما هو حقيقة في الوطء ، فتى أطلق للنكاح في الشرع يراد به الوطء لقوله عليه الصلاة والسلام « ولدت من نكاح » أى من وطء حلال ، وقوله « يحل للرجل من امرأته الحائض كل شيء إلا النكاح » وقد ورد في أشعار العرب بمعنى الوطء أيضاً . قال الأعشى :

ومنكوحة غير ممهورة وأخرى يقال له فادها

يعنى مسبية موطوءة بغير عقد ولا مهر . وقال آخر :

ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على عمّ وخال تلهف

(١) قوله أنكحنا الفراء فسرى ، قال في مجمع الأمثال للميداني في كتابته على هذا المثل ما نصه : قاله رجل لامرأته حين خطب إليه ابنته رجل وأبى أن يزوجه ، فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوّجها منه بكره وقال : أنكحنا الفراء فسرى ، ثم أساء الزوج العشرة فطلقها . يضرب في التحذير من سوء العاقبة ٥١ .

النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ،
وحالة الخوف من الجور مكروه . وركنه الإيجاب والقبول . ويتنقذ
بلفظين ماضيين ، أو بلفظين أحدهما ماضٍ والآخر مستقبل ، كقوله
زوّجني ، فيقول زوّجتك ؛

يعنى وطء المسبية بالرماح إلى غيرها من الأشعار الكثيرة ، وإنما يفهم منه العقد بقرينة
قوله تعالى - فانكحوهن - باذن أهلن - لأن الوطء لا يتوقف على إذن الأهل ، وكذلك
قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية ، لأن العقد هو الذي يختص بالعدد
دون الوطء ، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بشهود » لأن الشهود لا يكونون
على الوطء ، ولأنهما حالة العقد مفترقان ، وإنما يطلق عليه النكاح لإفضائه إلى الضم
كقوله تعالى - إني أراي أعصر خرا - وهو عقد مشروع مستحب مندوب إليه ، ثبتت
شرعيته بالكتاب وهو قوله تعالى - وأنكحوا الأيامى منكم - وقوله - فانكحوا ما طاب لكم
من النساء - وبالسنة قال صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تكثروا فاني أباهي بكم الأمم يوم
القيامة » وقال « النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني » والنصوص في ذلك كثيرة
والآثار فيه غزيرة ، وعلى شرعيته إجماع الأمة .

قال (النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ، وحالة
الخوف من الجور مكروه) أما الأول فلما تقدم من النصوص ، فبعضها أمر وأنه يقتضى
الترغيب والتأكيد على فعله ، وكذلك الحديث الثانى ناطق بكونه سنة ، ثم أكدته حيث
علق بتركه أمراً محذوراً ، وأنه من خصائص التأكيد كما فى سنة الفجر ، ولأنه صلى الله عليه
وسلم واطب عليه مدة عمره وأنه آية التأكيد . وأما الثانى فلأن حالة التوقان يخاف عليه
أو يغلب على الظن وقوعه فى محرم الزنا ، والنكاح يمنعه عن ذلك فكان واجبا ، لأن الامتناع
عن الحرام فرض واجب . وأما الثالث فلأن النكاح إنما شرع لما فيه من تحصين النفس
ومنعها عن الزنا على سبيل الاحتمال وتحصيل الثواب المحتمل بالولد الذى يعبد الله تعالى
ويوحده ، والذي يخاف الجور والميل يأثم بالجور والميل ويرتكب المنهيات المحرمات فينعدم
فى حقه المصالح لرجحان هذه المفسد عليها ، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لا تفصل فقلنا
بالكراهة فى حقه عملاً بالشبهين بالقدر الممكن (وركنه الإيجاب والقبول) لأن العقد يوجد
بهما ، وركن الشيء ما يوجد به كأركان البيت . قال (وينقذ بلفظين ماضيين) كقوله
زوّجتك ، وقول الآخر تزوّجت أو قبلت ، لأن هذا اللفظ يستعمل للإنشاء شرعاً للحاجة
ولا خلاف فيه (أو بلفظين أحدهما ماضٍ ، والآخر مستقبل ، كقوله زوّجني ، فيقول
زوّجتك) لأن قوله زوّجني توكيل ، والوكيل يتولى طرفى النكاح على ما نبينه . وروى المعلى

وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالزَّوْجِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ (ف)، وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَلَا بُدَّ فِي الشُّهُودِ مِنْ صِفَةِ الْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ (ف)،

عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لو قال : جئتكم خاطبا ابنتك ، أو لتزوجني ابنتك ، أو زوجني ابنتك ، فقال الأب : قد زوجتك فالنكاح لازم ، وليس للخاطب أن لا يقبل ، ولا يشبه البيع لأن مبناه على المسامحة والمساهلة ، والبيع على المماكسة والمساومة ؛ ولو قال لها : أنا أتزوجك ، فقالت قد فعلت ، جاز ولزم ، لأن قوله أتزوجك بمعنى تزوجتك عرفا بدلالة الحال كما في كلمة الشهادة ، ولو قال أتزوجني فقال الآخر زوجتك لا ينعقد النكاح لأنه استخبار واستيعاد لأمر وتوكيل ، ولو أراد به التحقيق دون الاستخبار والسوم ينعقد به . قال (وينعقد بلفظ النكاح والزواج) لأنهما صريح فيه . قال (والهبة والصدقة والتملك والبيع والشراء) لأن هذه الألفاظ تفيد الملك ، وأنه سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة كما في ملك الميمن والسبية من طرق الحجاز . وأما لفظ الإجارة فروى ابن رستم عن محمد أنه لا ينعقد بها ، وهو اختيار أبي بكر الرازي ، لأن الإجارة لا تفيد ملك المتعة ولأنها تنهى عن التأقيت ، ولا تأقيت في النكاح . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز وهو اختيار الكرخي ، قال : لأن الله تعالى سمى المهر أجرا فينعقد بلفظ الإجارة كالإجارة . وعن محمد : لو قال : أوصيت لك بابنتي للحال ينعقد ، وإن أوصى بها مطلقا لا ينعقد لأنها توجب الملك معلقا بشرط الموت ، والأصل فيه ما قاله أصحابنا : كل لفظ يصح لتمليك الأعيان مطلقا ينعقد به النكاح . وروى ابن رستم عن محمد أنه قال : كل لفظ يكون في الأمة تمليكا للرق فهو نكاح في الحرية . قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور رجلين ، أو رجل وامرأتين ، ولا بد في الشهود من صفة الحرية والإسلام ، ولا تشتط العدالة) فالشهود شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بشهود » وروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة » وأما صفة الشهود ، قال أصحابنا : كل من ملك القبول بنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لا فلا ، وهذا صحيح لأن كل واحد من الشهادة والقبول شرط لصحة العقد فجاز اعتبار أحدهما بالآخر ، ولا بد فيه من اعتبار الحرية والعقل والبلوغ في الشاهد ، لأن العبد والصبي والمجنون ليسوا من أهل الشهادة لما مر في الشهادات ولا يملكون القبول بأنفسهم ؛ ولا بد من اعتبار الإسلام في نكاح المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم ؛ ويجوز بشهادة رجل وامرأتين اعتبارا بالشهادة على المال على ما بيناه في الشهادات ، وينعقد بحضور الفاسقين ، لأن النص لا يفصل ولأنه يملك القبول بنفسه كالعدل ، ولأنه غير مسلوب الولاية عن نفسه فلا يسلبها عن غيره لأنه من جنسه ، ولأنه تحمل فيجوز ، لأن الفسق

وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ الْعُمَيَّانِ . وَإِذَا تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جَازَ (م) ، وَلَا يَظْهَرُ عِنْدَ جُحُودِهِ .
وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ نِكَاحُ أُمِّهِ وَجَدَّاتِهِ وَبَنَاتِهِ وَلَدِهِ وَأُخْتِهِ
وَبَنَاتِهَا وَبَنَاتِ أَخِيهِ وَعَمَّتِهِ وَخَالَاتِهِ وَأُمَّ أُمِّهِ وَبَنَاتِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَامْرَأَةَ
أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ وَبَنَاتِهِ وَبَنَى أَوْلَادِهِ وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ نِكَاحًا وَوَطْئًا
بِمِلْكٍ يَمِينٍ ، وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ النَّسَبِ .

يؤثر في الشهادة للثمة وذلك عند الأداء . أما التحمل فأمر مشاهد لاثمة فيه ، وانعقاد
النكاح لا يتوقف على شهادة من يثبت بشهادته كمن ظاهره العدالة ولا يعلم باطنه ، ولهذا
ينعقد بشهادة ابنيها وابنيها من غيرها ، ولا يظهر بشهادتهم عند دعوى القريب لما أن
العقد لا يتوقف إلا على الحضور لاعلى من يثبت بشهادته . قال (وينعقد بشهادة العميان)
لأنهم من أهل الشهادة حتى لو حكم بها حاكم جاز لأنه مجتهد فيه ، فان مالكا يجوز شهادته
وأبا يوسف يميزها إذا تحملها بصيرا ، وإذا كان من أهل الشهادة صار كالصير لأنه يملك
القبول بنفسه ، والمحدود في القذف إن تاب فهو من أهل الشهادة ، حتى لو حكم بشهادته
حاكم جاز ، وإن لم يتب فهو فاسق وقد مر . قال (وإذا تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين
جاز ولا يظهر عند جحوده) وقال محمد : لا يجوز لأنه لاشهادة للكافر على المسلم ، والسماع
في النكاح شهادة فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة وحدها . ولهما أن العقد يثبت بشهادتهما
لو جحدت ؛ وإذا جاز أن يثبت بشهادتهما فلا أن ينعقد بحضورهما أولى ، ولأن الانعقاد
لا يتوقف على سماع من يثبت به العقد لما مر ، ولأن سماع الكفار صحيح في حق المسلم حتى
لو أسلما بعد ما سمعا ذميين جازت شهادتهما ، ولأن الشهادة شرطت في الانعقاد لإثبات
الملك إظهارا لخطر المحل لا لوجوب المهر لما بينا وقد وجدت فيثبت الملك ، بخلاف ما إذا
لم يسمعا كلامه ، لأن العقد إنما ينعقد بكلامه والشهادة على العقد شرط .

فصل في المحرمات

(ويحرم على الرجل نكاح أمه وجداته وبنته وبنات ولده وأخته وبناتها وبنات أخيه وعمته
وخالته وأُمَّ أُمِّهِ وَبَنَاتِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَامْرَأَةَ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ وَبَنَاتِهَا وَبَنَى أَوْلَادِهِ وَالْجَمْعُ بَيْنَ
الْأُخْتَيْنِ نِكَاحًا وَوَطْئًا بِمِلْكٍ يَمِينٍ ، وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ ذَكَرْنَا) ما يحرم (من النسب)
اعلم أن المحرمات بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم تسعة أقسام : بالقرابة ،
وبالصهرية ، وبالرضاع ، وبالجمع ، وبالتقديم ، وبتعلق حق الغير به ، وبالملك ،

وبالكفر ، وبالطلاقات الثلاث . فالحرّمات بالقراة سبعة أنواع : الأمّهات وإن علون ، والبنات وإن سفلن ، والأخوات من أىّ جهة كنّ ، والحالات والعمات جميعهنّ ، وبنات الأخ وبنات الأخت وإن سفلن فهنّ محرّمات بنصّ الكتاب نكاحا ووطئا ، ودواعيه على التأييد ، قال الله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت - نصّ على التحريم مطلقا فيقتضى حرمة جميع الأفعال في المحلّ المضاف إليه التحريم إلا فعلا فيه تعظيم وتكريم فانه خارج عن الإرادة ، إما لأنه مأموريه بالنصوص الموجبة لصلة الرحم وبرّ الوالدين والإحسان بهما ، أو لوجوب ذلك عقلا ، أو بالإجماع . وما عداهنّ من القرايات محللات بقوله تعالى - وأحلّ لكم ما وراء ذلكم . - والمحرّمات بالصهرية أربعة : أمّ امرأته وبناتها ، فتحرم أمها بنفس العقد على البنت . قال تعالى - وأمّهات نسائكم - مطلقا ، ولا تحرم البنت حتى يدخل بالأّم ، قال تعالى - وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ - الآية ، وتحرم الربيبة وإن لم تكن في حجر الزوج ، وذكر الحجر في الآية خرج مخرج العادة للشرط ، وكذا بنات بنت المرأة وبنات ابنها لدخولهنّ تحت اسم الربيبة ، وحليلة الابن وابن الابن وابن البنت وإن سفل حرام على الأب دخل الابن بها أو لم يدخل ، لقوله تعالى - وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم - فلا يدخل فيه حليلة الابن المتبنى ، وحليلة الأب والجد من قبل الأب والأم وإن علا حرام على الابن ، قال تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف - وفي كلّ موضع يحرم بالعقد إنما يحرم بالعقد الصحيح دون الفاسد ، لأنّ مطلق النكاح والزوجة والحليلة إنما ينطلق على الصحيح ، واسم الحليلة يتناول الزوجة والمملوكة ، غير أنّ الزوجة تحرم بمجرد العقد ، والأمة لا تحرم إلا بالوطء ، لأنّ الفراش قائم مقام الوطء وهو موجود في ملك النكاح دون ملك اليمين ، ولهذا لا يجوز أن يجمع بين الأختين بعقد النكاح وإن لم يوطأ ، ويجوز ذلك في ملك اليمين إذا لم يوطأهما ؛ ولو كان له جارية فقال وطئها حرمت على أبيه وابنه ، ولو قال ذلك في جارية الغبر لا تحرم أخذها بالظاهر فيهما ؛ ولو اشترى جارية من تركة أبيه وسعه وطؤها ما لم يعلم أنّ الأب وطئها ، ولو قصد امرأته ليجامعها وهي نائمة مع بنتها المشتهة فوقعت يده على البنت فقرصها بشهوة يظنّ أنّها زوجته حرمت عليه امرأته . والمحرّمات بالرضاع كلّ من تحرم بالقراة والصهرية لقوله تعالى - وأمّهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . والمحرّمات بالجمع : لا يحلّ للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى - مثني وثلاث ورباع - نصّ على الأربع فلا يجوز الزيادة عليهنّ ؛

وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فَسَدَ نِكَاحُهُمَا ، وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدَتَيْنِ وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أُولَى فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا ؛ وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ لَا يَحُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا وَلَا رَابِعَةً حَتَّى تَبْتَضِيَ عِدَّتُهَا ،

وروى « أن غيلان الديلمي أسلم وتحتة عشر نسوة ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يمسك منهن أربعا ويفارق الباقي » ويستوى في ذلك الحرائر والإماء المنكوحات ، لأن النص لم يفصل . والجمع بين الإماء ملكا ووطئا حلال وإن كثرن ، قال تعالى - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم - مطلقا من غير حصر خرج عنه الزوجات بما ذكرنا فبقى الإماء على الإطلاق . ولا يجمع العبد بين أكثر من اثنتين لأن الرق منصف فيتصف ملك النكاح أيضا لإظهارا لشرف الحرية ، ولا يجوز الجمع بين الأختين نكاحا ولا بملك يمين ووطئا لقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف - وقال عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين » ويجوز أن يجمع بينهما في الملك دون الوطء ، لأن المراد بالنص حرمة الوطء لإجماعا ، فإن كان له أمة قد وطئها فتزوج أختها جاز النكاح لصدوره من أهله وإضافته إلى محله ، ولا يبطأ الأمة لأن المنكوحة موطوءة حكما ، ولا يبطأ المنكوحة حتى يحرم الأمة عليه فاذا حرمها وطئ المنكوحة ، وإن لم يكن وطئ المملوكة وطئ المنكوحة وحرمت المنكوحة حتى يفارق المنكوحة قال (ولو تزوج أختين في عقد واحد فسد نكاحهما) لعدم أولوية جواز نكاح إحداهما (ولو تزوج أختين في عقدتين ولا يدرى أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ، ولا وجه إلى التيقن لعدم الأولوية ، ولهما نصف المهر بينهما بلهالة المستحقة فيشتر كان فيه ، فإن تزوجهما على التعاقب فسد النكاح الأخيرة ويفارقها ، وإن علم القاضي بذلك فرق بينهما (وإذا طلق امرأته لا يجوز أن يتزوج أختها ولا رابعة حتى تنقضي عدها) وسواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا لبقاء نكاح الأولى من وجه بقاء العدة والنفقة والسكنى ، والفراش القائم في حق ثبوت النسب والمنع من الخروج والبروز والتزوج بزوجة أخرى ، فثبتت الحرمة أخذًا بالاحتياط في باب الحرمة ، والمعتدة إذا لحقت بدار الحرب مرتدة محل للزوج نكاح أختها وأربع سواها لسقوط أحكام الإسلام عنها ، وعدة أم الولد إذا اعتقها مولاهما تمتع نكاح أختها دون الأربع لأن فراشها قائم فيكون جامعا ماءه في رحم أختين وأنه حرام بالحديث ، وحرمة الأربعة ورد في النكاح ، وقالا : لا يمنع لأن له أن يتزوجها قبل العتق فكذا بعده ، لكن إذا عقد عليها لا يطؤها حتى تنقضي العدة . وجوابه أن فراشها قبل العتق ضعيف يقبل النقل إلى غيره بالنكاح وبعده لا فائزقا ، والعقد قائم

وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا ، وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأُمَةِ عَلَى الْحُرَّةِ وَلَا مَعَهَا وَلَا فِي عِدَّتِهَا (سم) ، وَيَجُوزُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَالْأُمَةِ عَلَى الْأُمَةِ وَمَعَهَا وَفِي عِدَّتِهَا ؛ وَيَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِنَ الْإِمَاءِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَةً مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحُرَّةِ ؛ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَةَ الْغَيْرِ وَلَا مُعْتَدَّتَهُ ، وَلَا يَتَزَوَّجُ حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ إِلَّا الزَّانِيَةَ (س ف) ، فَإِنْ فَعَلَ لَا يَطْوُهَا حَتَّى تَضَعَ ؛ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَتَهُ وَلَا الْمَرْأَةَ عَبْدَهَا ؛

مقام الوطء حتى يثبت النسب منه فلا يجوز . قال (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها) للحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أخيها ، فانكم إذا فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامهن » ويجوز أن يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله لأنه لأقربة بينهما . (و) المحرمات بالتقديم . (لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ولا معها ولا في عِدَّتِهَا ، ويجوز نكاح الحرة والأمة على الأمة ومعها في عِدَّتِهَا) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة عليها » وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز نكاح الأمة في عِدَّة الحرة من طلاق بائن لأنه ليس بنكاح عليها حتى لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا . ولأبي حنيفة أن نكاح الحرة قائم من وجه على ما بينا ، واليمين مبناها على المقصود وهو عدم المزاحمة في القسم وقد وجد ؛ ولو تزوج في عقد واحد أربعا من الإماء وخمسا من الحرائر جاز نكاح الإماء خاصة ، لأنه لا يجوز نكاح واحدة من الحرائر لعدم الأولوية فيبطل نكاحهن فلم توجد المزاحمة (ويجوز للحر أن يتزوج أربعا من الإماء) لأن قوله تعالى - ورباع - لا يفصل (ويجوز أن يتزوج أمة مع القدرة على الحرة) لأن النصوص لا تنفصل ، وهي قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - وقوله سبحانه - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - وغير ذلك . (و) المحرمات بتعلق حق الغير ف (لا يجوز أن يتزوج زوجة الغير ولا معتدته) قال عليه الصلاة والسلام « ملعون من سقى ماء زرع غيره » ولأن ذلك يفضي إلى اشتباه الأنساب ، ولهذا لم يشرع الجمع بين الزوجين في امرأة واحدة في دين من الأديان . قال (ولا يتزوج حاملا من غيره) لما ذكرنا (إلا الزانية ، فان فعل لا يوطؤها حتى تضع) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لما سبق من الحديث ، ولأنه حمل محترم حتى لا يجوز إسقاطه . ولهما أن الامتناع لثلاث سقيا ماء زرع غيره في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فدخلت تحت قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - فان كان الحمل ثابت النسب كالحامل من السبي وحمل أم الولد من مولاه ونحوه فالنكاح فاسد لما بينا . (و) المحرمات بالملك ف (لا يجوز أن يتزوج أمة ولا المرأة عبدا) وملك بعض العبد في هذا كملك كله ، وكذا حق الملك

وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُجُوسِيَّاتِ وَالْوَتَنَدِيَّاتِ وَلَا وَطُوهُنَ بِمَلِكِ يَمِينٍ ، وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْكَتَابِيَّاتِ وَالصَّابِئِيَّاتِ (سم) . وَالزَّنا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَكَذَا الْمَسُّ بِشَهْوَةٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالنَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ أَيْضًا .

كمملوك المكاتب والمأذون ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح فلا فائدة في إثبات الأضعف مع ثبوت الأقوى ، ولأن ملك النكاح يوجب لكل واحد من الزوجين على الآخر حقوقا ، والرق ينافي ذلك . (و) المحرمات بالكفر (لا يجوز نكاح المجوسيات والوثنيات . ولا وطوهُنَ بملك يمين) قال تعالى - ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن - وقال صلى الله عليه وسلم « سنا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » (ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - والذمية والحريية سواء لإطلاق النص ، والأمة والحرة سواء لإطلاق المقتضى . (و) يجوز نكاح (الصابئيات) عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وعلى هذا حل ذبائحهم ، وهذا بناء على اشتباه مذهبهم ، فعندهم هم أهل كتاب يعظمون الكواكب ولا يعبدونها فصاروا كالكتابيات ، وعندهما يعبدون الكواكب وليسوا أهل كتاب . والمحرمات بالطلاق الثلاث لقوله تعالى - فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - وعليه الإجماع . قال (والزنا يوجب حرمة المصاهرة) فن زنى بامرأة أو وطئها بشبهة حرمت عليه أصولها وفروعها ، وتحرم الموطوءة على أصول الواطئ وفروعه (وكذا المس بشهوة من الجانبين والنظر إلى الفرج من الجانبين أيضا) والمعتبر النظر إلى فرجها الباطن دون الظاهر . روى ذلك عن أبي يوسف وهو الصحيح . وحكى الطحاوى إجماع السلف في أن التقبيل والمس عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة ، والأصل فيه قوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء - والحمل على الوطء أولى لما بينا أن النكاح حقيقة هو الوطء ، أو لأنه أعم فكان الحمل عليه أولى وأعم فائدة ، فيصير معنى الآية والله أعلم : ولا تطنوا ما وطئ آبؤكم مطلقا ، فيدخل فيه النكاح والسفاح ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها » وقال عليه الصلاة والسلام « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة أو لمشها بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها وحرمت على ابنه وأبيه » وإذا ثبت هذا الحكم في موطوءة الأب ثبت في موطوءة الابن وفي وطء أم امرأته وسائر ما يثبت بحرمة المصاهرة بالنكاح لأن أحدا لم يفصل بينهما ، ولأن الوطء سبب للجريئة بواسطة الولد ، ولهذا يضاف إليها كما يضاف إليه ، والاستمتاع بالجزء حرام ، والمس والنظر داع إلى الوطء فيقام مقامه احتياطا للحرمة . وكان الشيخ أبو الحسن الكرخي يقول : إن المراد من قوله - ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم - الوطء دون العقد لأنه حقيقة في الوطء ، ولم يرد به العقد لاستحالة

وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ؛ وَيَحْزُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُحْرِمُ حَالَةَ الْإِحْرَامِ ؛ وَنِكَاحُ الْمُتَعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ (ز) بَاطِلٌ .

كون اللفظ الواحد حقيقة ومجازا في حالة واحدة ، والتحريم بالعقد ثبت بغير هذه الآية . وحدّ الشهوة أن تنتشر آلهة بالنظر والمس ، وإن كانت منتشرة فتزداد شدة ، والمحجوب والعين يتحرك قلبه بالاشتهاء ، أو يزداد اشتها ، ولو مسها وعليه ثوب إن منع وصول حرارتها إلى يده لا تثبت الحرمة ، وإن لم تمنع تثبت ؛ ولو أخذ يدها ليقبلها بشهوة فلم يفعل حرمت (١) على ابنه ؛ ولو لمس شعر امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها لأنه من أجزاء بدنهما . قال أبو حنيفة : إذا جامع صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها لا تحرم عليه أمها . وقال أبو يوسف : تحرم ، ولو كانت ممن يجامع مثلها حرمت عليه أمها بالإجماع . لأبي يوسف أنه وطئ في قبل فتحرم كوطء الكبيرة . ولهما أنه ليس بسبب للولد فصار كاللواط ، أما الكبيرة يحتمل العلوق . قال (ومن جمع بين امرأتين إحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح الأخرى) معناه : إذا تزوجهما في عقد واحد ، لأنه لا مانع من نكاح الأخرى لاختصاص المبتل بتلك . قال (ويحوز أن يتزوج المحرم حالة الإحرام) لأن النبي عليه الصلاة والسلام تزوج ميمونة وهو محرم . والمحظور الوطء ودواعيه ، لا العقد ، وهو محمل ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يتكح المحرم . قال (ونكاح المتعة والنكاح المؤقت باطل) أما المتعة فلقوله تعالى - فن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون - وهذه ليست مملوكة ولا زوجة . أما المملوكة فظاهر ، وأما الزوجة فلعدم أحكام الزوجية من الإرث وانقطاع الحل بغير طلاق ولا مانع ، وقد صح عن علي رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام حرم يوم خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية » وما روى في إباحتها ثبت نسخه بإجماع الصحابة ، وصح أن ابن عباس رجع إلى قولهم . وأما النكاح المؤقت فلأنه أتى بمعنى المتعة والعبرة للمعاني ، وسواء طالّت المدة أو قصرت ، لأن التأقيت هو المبتل وهو الم أغلب لجهة المتعة . وصورة نكاح المتعة أن يقول الرجل لامرأة : متعيني نفسك بكذا من الدراهم مدة كذا ، فتقول له : متعتك نفسي ، أو يقول : أمتع بك ، ولا بد من لفظ التمتع فيه . وأما المؤقت فأن يتزوجها بشهادة شاهدين مدة معلومة . وقال زفر : النكاح المؤقت صحيح ويبطل التأقيت ، لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ، وجوابه مأمور .

(١) قوله حرمت : أي بمجرد اللمس اه .

وعِبَارَةُ النِّسَاءِ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ حَتَّى لَوْ زَوَّجَتْ الْحُرَّةُ الْعَاقِلَةُ الْبَالِغَةُ نَفْسَهَا جَازًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَهَا بِالْوِلَايَةِ أَوْ الْوَكَالَةِ ، وَكَذَا إِذَا وَكَلَّتْ غَيْرَهَا فِي تَزْوِيجِهَا ، أَوْ زَوَّجَهَا غَيْرُهَا فَأُجَازَتْ (م) .

فصل

(وعِبَارَةُ النِّسَاءِ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ حَتَّى لَوْ زَوَّجَتْ الْحُرَّةُ الْعَاقِلَةُ الْبَالِغَةُ نَفْسَهَا جَازًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَهَا بِالْوِلَايَةِ أَوْ الْوَكَالَةِ ، وَكَذَا إِذَا وَكَلَّتْ غَيْرَهَا فِي تَزْوِيجِهَا أَوْ زَوَّجَهَا غَيْرَهَا فَأُجَازَتْ) وهذا قول أبي حنيفة وزفر والحسن ، وظاهر الرواية عن أبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز إلا بإجازة الولي ، فان ماتا قبلها لا يتوارثان ولا يقع طلاقه ولاظهاره ووطؤه حرام ، فان امتنع الولي من الإجازة ذكر الطحاوي عن محمد يحدد القاضي العقد بينهما . وذكر هشام عن محمد فإن لم يجزه الولي أجيزه أنا ، وكان يومئذ قاضيا فصار عنه روايتان . وروى عنه أنه رجع إلى قول أبي حنيفة قبل موته بسبعة أيام . وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني : أن امرأة جاءت إلى محمد قبل موته بثلاثة أيام وقالت : إن لي ولدا وهو لا يزوجني إلا بعد أن يأخذ مني مالا كثيرا ، فقال لها محمد : اذهبي فزوّجي نفسك ، وهذا يؤيد ما روى من رجوعه . وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول مثل قول محمد الأول . وفي رواية إن زوّجت نفسها من كفء لا يتوقف ، وإن كان من غير كفء يتوقف على إجازة الولي . وجه عدم الجواز ما روت عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » وقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بولي » ولأنها كانت موليا عليها قبل البلوغ في حق العقد والنفاذ لعدم رأيها ، فلو زال إنما يزول بما حدث لها من الرأي والعقل بالبلوغ ، وإنما حدث لها رأى وعقل ناقص ، ومن لم يحدث له رأى أصلا كمن بلغ مجنوننا لا تزول عنه الولاية أصلا ، ومن حدث له عقل كامل ورأى وافر كالزجل تزول ولايته أصلا ، فإذا حدث الناقص فكانه حدث من وجه دون وجه فثبتت لها إحدى الولايتين وهو الانعقاد دون النفاذ عملا بالشبهين ، ووجه الفسخ إذا لم يجز الولي أن النكاح إلى الأولياء بالحديث فيتوقف على إجازته ويرتد برده كما إذا عقد وتوقف على إجازتها ، فإذا بطل يحدد القاضي النكاح . ووجه رواية هشام أنه عقد صدر من المالك وتوقف على إجازة صاحب الحق فلا يفسخ برده كالراهن إذا باع الرهن ورده المرتهن فانه لا يفسخ البيع حتى لو سهر المشتري إلى حين انفكاك الرهن نفذ ، وإذا بقي العقد أجازته القاضي إن امتنع الولي لظلمه بخلاف ما ذكر من المسئلة لأن المرأة هي المالكة فتبطل بردها كما إذا باع المرتهن

ورد الراهن . وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - وقال تعالى - فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف - وفي آية أخرى - من معروف - أضاف النكاح والفعل إليهن ، وذلك يدل على صحة عبارتهن ونفاذها لأنه أضافه إليهن على سبيل الاستقلال إذ لم يذكر معها غيرها ، وهي إذا زوجت نفسها من كفاء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك . وروى ابن عباس « أن فتاة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا نبي الله إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته وأنا له كارهة ، فقال لها : أجزى ما صنع أبوك ، فقالت : لارغبة لي فيما صنع أبي ، قال : فاذهي فانكحي من شئت ، فقالت : لارغبة لي عما صنع أبي يا رسول الله ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء » والاستدلال به من وجوه : أحدها قوله عليه الصلاة والسلام « فانكحي من شئت » . الثاني قولها ذلك ولم ينكر عليها فعلم أنه ثابت إذ لو لم يكن ثابتا لما سكنت عنه . الثالث قوله « أجزى ما صنع أبوك » يدل على أن عقده غير نافذ عليها ، وفيه دليل لأصحابنا على أن العقد يتوقف أيضا . وفي البخاري « أن خنساء بنت جزام أنكحها أبوها وهي كارهة فردّه النبي عليه الصلاة والسلام » وروى أن امرأة زوجت بنتها برضاها ، فجاء الأولياء وخاصموها إلى علي رضي الله عنه ، فأجاز النكاح . وهذا دليل الانعقاد بعبارة النساء ، وأنه أجاز النكاح بغيرولي لأنهم كانوا غائبين لأنها تصرف في خالص حقها ولا ضرر فيه لغيرها ، فينفذ كتصرفها في مالها والولاية في النكاح أسرع ثبوتها منها في المال ، ولهذا يثبت لغير الأب والجد ولا يثبت لهم في المال ولأن النكاح خالص حقها حتى يجبر الولي عليه عند طلبها وبذله لها ، وهي أهل لاستيفاء حقوقها ، إلا أن الكفاءة حق الأولياء فلا تقدر على إسقاط حقهم . وأما ما ذكر من الأحاديث فمعارضة بما رويناه فإما أن يرجع إلى القياس وهو لنا على المال والرجل أوفق بين الحديثين فيحمل ما رويناه على الحرّة العاقلة البالغة ، وما رويتموه على الأمة توفيقا ، كيف وقد ورد في بعض الروايات « أيما أمة نكحت نفسها » فيحمل المطلق على المقيد أو يرجع والترجيح معنا ، لأن ما ذكرناه سالم عن الطعن وما رواه مطعون فيه ، فقد حكى عن أبي العباس المروزي قال : سمعت يحيى بن معين يقول : ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام ، ومن مس ذكره فليتوضأ ، ولا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه ، على أننا نقول : المرأة ولية نفسها فلا يكون نكاحا بلا ولي فلم قلتم إنها ليست وليا ؟ ولو قلتم ذلك استغنيتم عن الحديث ، وكذا الحديث الآخر فانه من رواية سليمان بن يسار عن الزهري وهو ضعيف

وَلَا إِجْبَارَ عَلَى الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ فِي النِّكَاحِ . وَالسَّنَّةُ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَسْتَأْمِرَ الْبِكْرَ قَبْلَ
النِّكَاحِ وَيَذْكُرَ لَهَا الزَّوْجَ فَيَقُولُ : إِنْ فَلَانَا يَخْطُبُكَ أَوْ يَذْكُرُكَ ، فَلِذَا
سَكَتَتْ فَقَدْ رَضِيَتْ ، وَلَوْ ضَحِكَتْ فَهُوَ إِذْنٌ ، وَلَوْ بَكَتْ إِنْ كَانَ بِغَيْرِ
صَوْتٍ فَهُوَ رِضًا ،

ضعفه البخاري وأسقط روايته . وروى أن مالكا وابن جريج سألا الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه ، والراوى إذا أنكر الخبر دلّ على بطلانه كالأصول مع الفروع ، ولأن من مذهب عائشة رضى الله عنها جواز النكاح بعبارة النساء ، فإنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن حين غاب بالشام ، دلّ ذلك على عدم صحة الحديث وروايتها له أو على نسخه أو على رجحان ما ذكرنا ، وقوله الحادث لها رأى ناقص ، قلنا المعتبر في باب الولاية مطلق العقل والبلوغ دون الزيادة والنقصان ، فإن الناس يتفاوتون في الرأى والعقل فتفاوتا فاحشا ، ولا اعتبار به في باب الولاية ، فإن كامل العقل والرأى ولايته على نفسه وماله كولاية ناقصهما ، وكم من النساء من يكون أوفر عقلا وأشدّ رأيا من كثير من الرجال ، ولأن في اعتبار ذلك حرجا عظيما وهو حرج التمييز بين الناس ، فعلم أن المعتبر أصل البلوغ والعقل وقد وجدا في المرأة ، فيترتب عليهما ما يترتب عليهما في الرجل قياسا على المال . قال (ولا إجبار على البكر البالغة في النكاح) لقوله عليه الصلاة والسلام « البكر تستأمر في نفسها فإن صممت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها » وقال عليه الصلاة والسلام « شاوروا النساء في أبضاعهن ، قالت عائشة : يا رسول الله إن البكر لتستحي ، قال : إذنها صماتها » (والسنة للولي أن يستأمر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يذكرك ، فإذا سكنت فقد رضيت) لما روينا ، فإذا زوجها من غير استئثار فقد أخطأ السنة ، فقد صحّ « أنه صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يزوّج فاطمة من عليّ رضى الله عنهما دنا إلى خلنرها فقال : إن عليا يذكرك ثم خرج فزوّجها » (ولو ضحكت فهو إذن) لأنه دليل الرضا ، إلا إذا كان على وجه الاستهزاء (ولو بكّت) فيه روايتان لأنه يكون عن سرور وعن حزن ، والمختار (إن كان بغير صوت فهو رضا) ويكون بكاء على فراق الأهل وكذا لو زوّجها بغير إذنها ثم بلغها ، يعتبر السكوت كما ذكرنا والبلوغ إليها أن يرسل إليها وليها رسولا يخبرها بذلك عدلا كان أو غير عدل ، فإن أخبرها فضولى فلا بدّ من العدد أو العدالة ، لأنه خبر يشبه الشهادة من وجه فيشترط أحد وصفي الشهادة . وعندهما لا يشترط ذلك لأنه خبر كسائر الأخبار ، وإن قال الولي : أزوّجك من فلان أو فلان فسكتت فأيهما زوّجها جاز ؛ ولو سمي جماعة إن كانوا يحصون فهو رضا ، وإلا لا يكون رضا ؛ ولو استأمرها فقالت غيره أحبّ إلىّ منه لا يكون إذنا ، ولو قالت ذلك بعد العقد يكون إذنا

وَلَوْ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ الْوَلِيِّ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَوْلِ ؛ وَإِذْنُ الثَّيِّبِ بِالْقَوْلِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَذْكُرَ لَهَا الزَّوْجُ بِمَا تَعْرِفُهُ ، فَإِنْ زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِوَثْبَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ أَوْ تَعْنِيسٍ أَوْ حَيْضٍ فَهِيَ بِكَرٍّ ، وَكَذَلِكَ إِنْ زَالَتْ بِزْنَا (سَم) ؛ وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ : بَلَغَكَ النِّكَاحُ فَسَكَتَ ، فَقَالَتْ : بَلْ رَدَدْتُ فَاَلْقَوْلُ قَوْلُهَا وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا (سَم) ،

لأنه كلام يحتمل الإذن وعدمه فلا نثبت الإذن قبل العقد بالشك ولا نبطل العقد بالشك (ولو استأذنها غير الولي فلا بد من القول) لأن السكوت إنما جعل رضا عند الحاجة وهو استئذان الولي وعجزها عن المباشرة فلا يقاس عليه عدم الحاجة وهو من لا يملك العقد ولا التفات إلى كلامه . قال (وإذن الثيب بالقول) قال عليه الصلاة والسلام « الثيب تستأمر » أى يطلب أمرها والأمر بالقول . وقال فى حق البكر « تستأذن » أى يطلب الإذن منها ، والإذن والرضا يكون بالسكوت . وقال عليه الصلاة والسلام « والثيب يعرب عنها لسانها » ولأن السكوت إنما جعل إذنا لمكان الحياء المانع من النطق المختص بالأبكار ، ويكون حينئذ أكثر فلا يقاس عليها الثيب . قال (وينبغي أن يذكر لها الزوج بما تعرفه) لعدم تحقق الرضا بالمجهول . وقال بعضهم : يشترط تسمية قدر الصداق أيضا لاختلاف الرغبات باختلافه . قال (فإن زالت بكارتها بوثة أو جراحة أو تعنيس أو حيض فهي بكر) لأنها فى حكم الأبكار حتى تدخل تحت الوصية لهم بالإجماع ومصيبها أول مصيب (وكذلك إن زالت بزنا) عند أبي حنيفة ، وقالوا : تزوج كما تزوج الثيب لأن مصيبها عائد إليها إذ هو من الثوب وهو العود مرة بعد أخرى ، وله أنه لو اشترط نطقها فإن لم تنطق تفوتها مصلحة النكاح ، وإن نطقت والناس يعرفونها بكرا فتتضرر بالاشتهار الزنا عنها فيكون حياؤها أكثر فتتضرر على كل حال ، فوجب أن لا يشترط دفعا للضرر عنها حتى لو كانت مشهورة بذلك بأن أقيم عليها الحد أو اعتادته وتكرر منها ، أو قضى عليها بالعدة تستنطق بالإجماع لزوال الحياء وعدم التضرر بالنطق ؛ ولو مات زوج البكر أو طلقها قبل الدخول تزوج كالأبكار لبقاء البكارة والحياء (ولو قال الزوج : بلغك النكاح فسكت ، فقالت : بل رددت فاقول قولها) لأنها منكورة تملك بضعها والبيئة يثبت له لأنه يدعيه (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد مر فى الدعوى ، ولو ادعت ردة النكاح حين أدركت وادعى الزوج السكوت فاقول قوله لأنه منكر زوال ملكه عنها ؛ وإن زوجت نفسها وزوجها الولي برضاها فأيهما قالت هو الأول صح لصحة إقرارها على نفسها دون إقرار الأب ؛ وإن قالت لا أدري لم يثبت واحد منهما لعدم إمكان الجمع وعدم أولوية أحدهما ؛ ولو تزوجها على أنها بكر فوجدها ثيبا يجب جميع المهر لأن البكارة لا تصير مستحقة بالنكاح ؛ ولو تزوجها ولها

وَيَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِنِّكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمَرْجُوعُ أَبًا
أَوْ جَدًّا فَلَا خِيَارَ لَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ ، وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُهُمَا فَلَهُمَا الْخِيَارُ (س)

فبلغها فردت ، ثم قال لها إن جماعة يخطبونك فقالت أنا راضية بما تفعل فزوجهما الأول
لا يجوز ، لأن قولها أنا راضية بما تفعل ينصرف إلى غيره دلالة ؛ ومثله لو قال لرجل كرهت
صحبة فلانة فطلقها فزوجني امرأة ، فزوجه تلك المرأة لا يجوز ؛ وكذلك لو باع عبده
ثم أمر إنسانا أن يشتري له عبدا فاشترى ذلك العبد لا يجوز . قال (ويجوز للولي إنكاح
الصغير والصغيرة والمجنونة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايزوج النساء إلا الأولياء
ولا يزوجن إلا من الأكفاء » وقال عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » والبالغات
خرجن بما سبق من الأحاديث فبقى الصغار « والنبى عليه الصلاة والسلام تزوج عائشة رضى
الله عنها وهي بنت سبع سنين وبني بها وهي بنت تسع » وعلى رضى الله عنه زوج ابنته
أم كلثوم من عمر وهي صغيرة ، ولأن النكاح يتضمن المصالح وذلك يكون بين المتكافئين .
والكفاء لا يتفق في كل وقت ، فست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلًا للمصلحة
وإعدادًا للكفاء إلى وقت الحاجة ، والقربة موجبة للنظر والشفقة فينتظم الجميع ، إلا أن
شفقة الأب والجد أكثر فيكون عقدهما لازما لا خيار فيه ، وشفقة غيرهما لمن قصرت
عنهما قلنا بالانعقاد وثبوت الخيار عند البلوغ ، فإن رآه غير مصلحة فسخه (ثم إن كان
المرجوع أبا أو جدا فلا خيار لهما بعد البلوغ) لوفور شفقتهم وشدة حرصهما على نفعهم
فكأنهم باشره بأنفسهم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم ما خير عائشة رضى الله عنها
حين بلغت (وإن زوجهما غيرهما فلهما الخيار) إن شاء أقاما على النكاح ، وإن شاء فسخا
وقال أبو يوسف : لا خيار لهما كالأب والجد . وجوابه ما ذكرنا من قصور شفقتهم عن
شفقة الأب والجد ، وذلك مظنة وقوع الخلل في المقصود من النكاح فيثبت الخيار لدفع
الخلل لو كان ، ثم سكوت البكر عند بلوغها رضا إذا علمت بالنكاح ، ولا يمتد إلى آخر
الجلس كما في الابتداء ، ولو بلغت بعد الدخول فلا بد من القول والتصريح بالرضا أو بالرد
لأنها ثبت كما في الابتداء وكذا الغلام ، ولا بد في الفسخ من القضاء لأن العقد قد تم
وثبت أحكامه فلا يرتفع إلا برفع من له ولاية وهو القاضي أو بتراضيهما ، ولأنه لرفع
ضرر خفى وهو وقوع الخلل في العقد فيكون إلزاما فاحتاج إلى القضاء ، ويشمل الذكر
والأنثى لشمول المعنى لهما ، ويشترط علمهما بالنكاح دون الحكم لأن العقد يفرد به الولي
فيعذران في الجهل . أما الحكم فالدار دار الإسلام فلا عذر في الجهل ، بخلاف خيار العتق
حيث لا يحتاج إلى القضاء لأنه دفع ضرر ظاهر وهو زيادة الملك ويقتصر على الأنثى ، لأن
زيادة الملك في حقها دونه ويمتد إلى آخر المجلس لأنه جواب التعليل قال عليه الصلاة والسلام

وَلَا خِيَارَ لِأَحَدٍ الزَّوْجَيْنِ فِي عَيْبٍ إِلَّا فِي الْحَبِّ وَالْعُنَّةِ وَالْحِصَاءِ ، وَالْوَلِيِّ الْعَصْبَةِ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي الْإِرْثِ وَالْحَجْبِ ثُمَّ مَوْلَى الْعَتَاقَةِ . وَلِلْأُمِّ وَأَقَارِبِهَا التَّزْوِيجُ ، ثُمَّ مَوْلَى الْمُوَالَاةِ ، ثُمَّ الْقَاضِي (سم) ؛

« ملكت بضعتك فاخترى » وتعذر في الجهل بحكم الخيار لأنها مشغولة بخدمة المولى فلا تنفرغ للعلم ، وإذا اختارت الفسخ في خيار البلوغ ففرق القاضي فهي فرقة بغير طلاق ، ولأنه فسخ ثبت ضرورة دفع الزوم فلا يكون طلاقا ولهذا يثبت لها ولا مهر لها إن كان قبل الدخول لأن المراد من الفسخ رفع مثنوات العقد ، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى لأنه استوفى المفقود عليه ، وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول لا مهر عليه ، وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه إلا هذه (١) . والوجه فيه أنه لو وجب المهر لما كان في الخيار فائدة لأنه قادر على الفرقة بالطلاق ، فلما ثبت الخيار علمنا أنه ثبت لفائدة وهي سقوط المهر ؛ ولو مات أحدهما قبل البلوغ أوبعده قبل التفريق ورثه الآخر لصحة العقد وثبوت الملك به وقد انتهى بالموت (ولا خيار لأحد الزوجين في عيب إلا في الحب والعنة والحصاء) على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى . قال (والولى العصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » وهم (على ترتيبهم في الإرث والحجب ثم مولى العتاقة) لأنه آخر العصبات على ما عرف في الفرائض . قال (وللأم وأقاربها التزويج) ، ثم مولى الموالاته ، ثم القاضي (أما الأم وأقاربها فذهب أبي حنيفة ، وروى عنه وهو قولهما ليس لهم ذلك لما روينا ، ولأن الولاية تثبت دفعا للعار بعدم الكف . وذلك إلى العصبات لأنهم هم الذين يعيرون بذلك . ولأبي حنيفة أن الأصل في هذه الولاية إنما هو القرابة الداعية إلى الشفقة والنظر في حق المولى عليه ، وذلك يتحقق في كل من هو مختص بالقرابة . وشفقة الأم أكثر من شفقة غيرها من الأبعاد من أبناء الأعمام ، وكذلك شفقة الجد لأم والأخوال ، ولأن الأم أحد الأبوين فتثبت الولاية لها كالآخر ، وهو مروي عن علي

(١) يرد على هذه القاعدة ما لو تزوج مكاتبه وجعل مهرها جارية ، ثم تزوج الأمة التي جعلت مهرها ، ثم طلق المكاتبه قبل الدخول فانه يفسخ العقد في الجارية لعود ملك نصف الجارية إلى ملكه ، فانه يصدق أن الفرقة جاءت من قبله بالطلاق مع أن مهر الجارية عليه ويرد عليه أيضا مالم يتزوج أمة ثم اشتراها فانه يفسخ العقد لدخول الجارية في ملكه ، فصدق أن الفرقة جاءت من قبله بسبب الشراء مع أن مهر الجارية عليه . ويمكن الجواب بأن مراد الشارح يكون الفرقة من قبله أن تكون من قبله قصدا ، والفرقة في هاتين المسئلتين ليست من قبله قصدا بل في ضمن الطلاق في المسئلة الأولى ، وفي ضمن الشراء في المسئلة الثانية . كذا بهامش نسخة مخطوطة .

وَلَا وَلَايَةَ لِعَبْدٍ وَلَا صَغِيرٍ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ ، وَابْنُ الْمَجْنُونَةِ يُقَدَّمُ عَلَى أَبِيهَا (م) : وَإِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لَا يَنْتَظِرُ الْكَفَاءُ الْخَاطِبُ حُضُورَهُ زَوْجَهَا الْأَبْعَدُ (ز) ،

وابن مسعود رضى الله عنهما . والأصل أن كل قرابة يتعلق بها الوارث يتعلق بها ثبوت الولاية لأنها داعية إلى الشفقة والنظر كالعصبات إلا أنهم تأخروا عن العصبات لضعف الرأى وبعد القرابة كما في الإرث ، وأما الحديث فإنه يقتضى النكاح إلى العصبات عند وجودهم ، أما عند عدمهم فالحديث ساكت عنه فنقول : ينتقل إلى ما هو في معنى العصبات في الشفقة فلا يكون حجة علينا بل لنا ، وتماه يعرف في الفرائض في فصل ذوى الأرحام . وأما مولى العتاقة فلأنه وارث مؤخر عن ذوى الأرحام فكذا في الولاية ولأنه عصبه على ما عرف في الفرائض . وأما القاضى فلقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة) أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه فكيف يلى غيره ؟ وكذا الصبي والمجنون لأنهما لا نظر لهما ولا خبرة وهذه ولاية نظرية وأما الكافر فإن الولاية تقتضى نفوذ قول الولي على المولى عليه ، ولا نفاذ لقول الكافر على المسلم كما في الشهادة ، قال الله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - وثبتت له الولاية على ولده الكافر ، قال تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض - ولهذا تقبل شهادة بعضهم على بعض . قال (وابن المجنونة يقدم على أبيها) في ولاية النكاح . وقال محمد : يقدم الأب لأنه أشفق ولهما أن التقديم هنا بالعصوبة والابن مقدم في العصبوبة كما في الإرث . قال (وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا ينتظر الكفاء الخاطب حضوره زوجها الأبعد) واختلفوا في الغيبة المنقطعة ، فعن أبي يوسف مسيرة شهر ، وعن محمد من الكوفة إلى الرى خمس عشرة مرحلة ، وعنه من بغداد إلى الرى عشرون مرحلة . وفصل ابن شجاع ذلك فقال : إذا كان في موضع لا تصل إليه القوافل والرسل في السنة إلا مرة واحدة فهى غيبة منقطعة . قال القدورى : وهذا صحيح لأن الخاطب لا ينتظر سنة ولا يعلم هل يجب الولي أم لا ، وقد ينتظر بعض السنة فلذلك قدره بهذا . وقال زفر : إذا كان في مكان لا يدرى أين هو فهو غيبة منقطعة وهذا حسن لأنه إذا كان لا يدرى أين هو لا يمكن استطلاع رأيه فتفوت المصلحة ، وقيل ثلاثة أيام ، والمختار ما ذكره في الكتاب لأنه تفوت المصلحة باستطلاع رأيه وانتظاره . وقال زفر : لا يزوجه الأبعد لأن ولاية الأقرب قائمة حتى لو زوجها حيث هو جاز . ولنا أنه لو لم ينتقل إلى الأبعد تنضرر الصغيرة لأنه يفوت الكفاء الحاضر وقد لا يتفق الكفاء مرة أخرى فوجب أن ينتقل دفعا لهذا الضرر ، ولأن الغائب عاجز عن تدبير مصالح النكاح فيفوت مقصود الولاية لأنها نظرية

وَلَوْ زَوَّجَهَا وَلَيَّانَ فَالْأَوَّلُ أُولَى ، وَإِنْ كَانَ مَعَ بَطْلًا ، وَيَجُوزُ لِلْأَبِ وَالْجَدِّ أَنْ يَزُوجَ ابْنَتَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ الْمِثْلِ وَابْنَتَهُ بِأَقَلِّ (سم) ، وَمِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا ، وَالْوَّاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ وَلَيًّا كَانَ أَوْ وَكِيلاً ، أَوْ وَلِيًّا وَوَكِيلاً أَوْ أَصِيلاً وَوَكِيلاً ، أَوْ وَلِيًّا وَأَصِيلاً .

ولا نظر في ذلك . وأما إذا زوّجها ففيه روايتان ، قيل لا يجوز لانقطاع ولايته ، وقيل يجوز لظهور الانتفاع برأيه ، ولأننا إنما أسقطنا ولايته دفعا للضرر عن الصغيرة ، فاذا زوّجها ارتفع الضرر فعادت الولاية بعد ارتفاعها ، ولا ينتقل إلى السلطان لأنه ولي من لاوئ له بالحديث . وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه . قال (ولو زوّجها وليان فالأول أولى) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أنكح الوليان فالأول أولى » ولأنه لما سبق فقد صحّ فلا يجوز نكاح الثاني ، وهذا لأن سبب الولاية القرابة وهي لا تنجزى ، والحكم الثابت به أيضا لا يتجزى فصار كل واحد منهما كالمفرد فأيهما عقد جاز كالأمان (وإن كانا معا بطلا) لتعذر الجمع وعدم أولوية أحدهما . قال (ويجوز للأب والجدة أن يزوّجا ابنه بأكثر من مهر المثل وابنته بأقل ومن غير كفء ، ولا يجوز ذلك لغيرهما) وقالوا : لا يجوز ذلك للأب والجدة أيضا إلا أن يكون نقصانا يتغابن في مثله ، ولا ينعقد العقد عندهما لأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في ذلك ، ولهذا لا يجوز ذلك في المال . ولأبي حنيفة أن النكاح عقد عمر ، وهو يشتمل على مقاصد وأغراض ومصالح باطنة ، فالظاهر أن الأب مع وفور شفقتة وكمال رأيه ما أقدم على هذا النقص إلا لمصلحة تربو وتزيد عليه هي أنفع من القدر الفائت من المال والكفاءة ، بخلاف المال لأن المقصود المالية لا غير ، وبخلاف غير الأب والجدة لأنهم أنقص شفقة ، وبخلاف ما إذا زوّج أمة الصغير لعدم الجابر في حقه لأن مقاصد النكاح لم تحصل للصغير ، وبخلاف ما إذا تزوّجت المرأة وقصرت في مهرها حيث للأولياء الاعتراض عليها عنده حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها لأنها سريعة الانخداع ضعيفة الرأي ، فتفعل ذلك متابعة للهوى لا لتحصيل المقاصد ، لأن النساء قلما ينظرن في عواقب الأمور ومصالحها . وقال أبو يوسف ومحمد : لا اعتراض عليها لأن المهر حقها ، ولهذا كان لها أن تهبه فلأن تنقصه أولى . ولأبي حنيفة أن المهر إلى عشرة دراهم حق الشرع فلا يجوز التنقيص منه شرعا حتى لو سمي أقل من عشرة فلها عشرة وإلى مهر مثلها حق الأولياء لأنهم يعيرون بذلك فلهم مخاصمتها إلى تمامه ، والاستيفاء حقها فان شاءت قبضته وإن شاءت وهبته . قال (والواحد يتولى طرفي العقد وليا كان أو وكِيلا ، أو وليا ووكِيلا ، أو أصيلا ووكِيلا ، أو وليا وأصيلا) أما الولي من الجانبين كمن زوّج ابن ابنه بنت ابن له آخر أو بنت أخيه وابن أخ له آخر أو أمته عبده ونحو ذلك والوكيل ظاهر . وأما الولي والوكيل بأن وكله رجل

وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْفُضُولِيِّ مَوْقُوفًا كَالْبَيْعِ إِذَا كَانَ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ، أَمَّا مِنْ جَانِبَيْنِ (س) أَوْ فُضُولِيًّا مِنْ جَانِبٍ أَصِيلًا مِنْ جَانِبٍ فَلَا .
والكفاءة تُعْتَبَرُ فِي النِّكَاحِ فِي النَّسَبِ

أن يزوجه بنته الصغيرة ، أو وكلته امرأة أن يزوجه من ابنه الصغير . وأما الوكيل والأصيل ، بأن وكلته امرأة أن يزوجه من نفسه . وأما الولي والأصيل أن يزوجه ابنة عمه الصغيرة من نفسه . وصورته أن يقول : اشهدوا أنني تزوجت فلانة من فلان ، أو فلانة مني ، أو تزوجت فلانة ، ولا يحتاج إلى القبول لأنه تضمن الشطرين . وقال زفر : لا يجوز ذلك لأنه لا يمكن أن يكون الواحد مملكا مملكا كالبيع . ولنا أنه معبر وسفير والمانع من ذلك في البيع رجوع الحقوق إلى العاقد فيجوز فيه التمتع ، لأنه لا يمكن أن يكون الواحد مطالبا ومطالباً في حق واحد ، وهنا الحقوق لا ترجع إليه فلا تمنع . قال (وينعقد نكاح الفضولي موقوفاً كالبيع إذا كان من جانب واحد ، أما من جانبيين أو فضولياً من جانب أصيلاً من جانب فلا) أما الفضولي من جانب بأن يزوجه امرأة بغير أمرها رجلاً وقبل الرجل ، أو رجلاً بغير أمره امرأة فقبلت ، فانه ينعقد ويتوقف على إجازة الغائب . وأما من الجانبيين فهو أن يقول : اشهدوا أنني تزوجت فلانة من فلان وهما غائبان بغير أمرهما فهذا لا ينعقد . وقال أبو يوسف : ينعقد موقوفاً على إجازتهما ، والفضولي من جانب أصيل من جانب بأن يقول الرجل : اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة وهي غائبة ولم يقبل عنها أحد ، فهذا أيضاً على الخلاف ؛ ولو جرى بين فضولين جاز باتفاقنا ، وذكرنا في البيوع الدليل على انعقاد تصرفات الفضولي . لأبي يوسف في الخلافية أنه لو كان وكيلًا انعقد ونفذ ، فإذا كان فضولياً ينعقد ويقف . ولهما أن هذا شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس كما إذا كان أصيلاً ، بخلاف الوكيل لأنه معبر فينقل كلامه إليهما ، وكلام الفضولين عقد تام فلا يقاس عليه ، ولو تزوج الأب ابنه الكبير فجاء قبل الإجازة فأجازة الأب جاز ونفذ لثبوت الولاية عليه وقت الإجازة .

فصل

(والكفاءة تعتبر في النكاح) وتعتبر في الرجال للنساء للزومه في حقهن ، ولأن الشريعة نعيم ويغنيها كونها مستفرشة للخصيس ، ولا كذلك الرجل لأنه هو المستفرش . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « ألا لا يزوجه النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجهن إلا من الأكفاء » ولأن المصالح إنما تتم بين المتكافئين غالباً فيشترط لتمام المقصود منه . قال وتعتبر (في النسب) فقريش بعضهم أكفاء لبعض لا يكافئهم غيرهم من العرب ، والعرب بعضهم أكفاء

وفي الدين والتَّقْوَى وفي الصَّنَائِعِ وفي الحُرِّيَّةِ وفي المالِ ، وَمَنْ لَهُ أَبٌ فِي الْإِسْلَامِ
أَوْ الْحُرِّيَّةِ لَا يَكْفِي مَنْ لَهُ أَبَوَانِ ، وَالْأَبَوَانِ (س) وَالْأَكْثَرُ سُوءٌ ،

لبعض لا يكافئهم الموالى ، قال عليه الصلاة والسلام « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض » وقال عليه الصلاة والسلام « والموالى بعضهم أكفاء لبعض » ولا يعتبر التفاضل في قريش وإن كان أفضلهم بنو هاشم لما روينا ، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام زوج ابنته عثمان وكان عبسماً أموياً ، وعلى رضي الله عنه زوج ابنته عمر رضي الله عنه وكان عدوياً . قال محمد : إلا أن يكون نسباً مشهوراً كبيت الخلافة تعظيماً لها . قال (وفي الدين والتقوى) حتى إن بنت الرجل الصالح لو تزوجت فاسقاً كان للأولياء الرد لأنه من أفجر الأشياء وأنها تعبر بذلك ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عليك بذات الدين تربت يداك » إشارة إلى أنه أبلغ في المقصود . وقال محمد : لا يعتبر إلا أن يكون فاحشاً كمن يصفع ويسخر منه أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان لأنه من أمور الآخرة فلا يبتنى عليه أحكام الدنيا ، ولأن الأمير النسب بكفء للدنية ، إن كان لا يبالى بما يقولون فيه ولا يلحقها به شين ، بخلاف الفاحش لأنه يلحقها به شين . وعن أبي يوسف إذا كان الفاسق ذا مروءة فهو كفء ، وهو أن يكون مستتراً لأنه لا يظهر فلا يلتحق بها الشين . قال (وفي الصنائع) لأن الناس يعيرون بالدنىء منها . وعن أبي حنيفة أنه غير معتبر فانه يمكن الانتقال عنها فليست وصفا لازماً . وعن أبي يوسف لا يعتبر إلا أن يفحش كالحائك والحجام والكناس والدباغ فانه لا يكون كفواً لبنت البراز والبطار والصيرفي والجوهرى . قال (وفي الحرية) فلا يكون العبد كفواً للحرّة لأنها تعبر به فانه نقص وشين . قال (وفي المال) وهو ملك المهر المعجل والنفقة في ظاهر الرواية حتى لو وجد أحدهما دون الآخر لا يكون كفواً ، لأن بالنفقة تقوم مصالح النكاح ويدوم الازدواج فلا بد منه ، والمهر بدل البضع فلا بد من إيفائه ، والمراد به ما تعارف الناس تعجيله حتى يسمونه نقداً والباقي بعده تعارفه مؤجلاً ، وعن أبي يوسف إن كان يملك المهر دون النفقة ليس بكفء ، وإن كان يملك النفقة دون المهر فهو كفء لأن المهر تجرى فيه المساهلة ، ويعد الرجل قادراً عليه بقدرة أبيه . أما النفقة لا بد منها في كل وقت ويوم . وفي النوادر عن أبي حنيفة ومحمد : امرأة فائقة في اليسار زوجت نفسها ممن يقدر على المهر والنفقة ردّ عقدها . وقال أبو يوسف : إذا كان قادراً على إيفاء ما يعجل ويكتسب ما ينفق عليها يوماً بيوم كان كفواً لها ، ولا اعتبار بما زاد على ذلك لأن المال غاد ورائح . قال (ومن له أب في الإسلام أو الحرية لا يكافئ من له أبوان) لأن النسب بالأب وتماه بالجد (والأبوان والأكثر سواء) لما بينا . وعند أبي يوسف الواحد والأكثر سواء ، وقد سبق في الدعوى ، ومن أسلم بنفسه لا يكون كفواً

وَإِذَا تَزَوَّجَتْ غَيْرَ كُفٍّ فَلِلْوَلِيِّ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ قَبِضَ الْوَلِيُّ
الْمَهْرَ أَوْ جَهَّزَ بِهِ أَوْ طَالَبَ بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ رَضِيَ ، وَإِنْ سَكَتَ لَا يَكُونُ رِضًى ،
وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَلَيْسَ (س) لِغَيْرِهِ مِمَّنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَسْفَلَ
مِنْهُ الْإِعْتِرَاضُ ، وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ ،

لَمَنْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الْإِسْلَامِ لِأَنَّ التَّفَاخُرَ بِالْإِسْلَامِ ، وَالْكَفَاءَةَ فِي الْعَقْلِ ، قِيلَ لَا تَعْتَبَرُ ،
وَقِيلَ تَعْتَبَرُ ، فَلَا يَكُونُ الْمُجَنُّونُ كَفَوْا لِلْعَاقِلَةِ . قَالَ (وَإِذَا تَزَوَّجَتْ غَيْرَ كُفٍّ فَلِلْوَلِيِّ أَنْ
يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا) دَفْعًا لِعَارِ عَنْهُ ، وَالتَّفَرِيقُ إِلَى الْقَاضِي كَمَا تَقَدَّمَ فِي خِيَارِ الْبُلُوغِ ، وَمَا لَمْ يُفَرِّقْ
فَأَحْكَامُ النِّكَاحِ ثَابِتَةٌ ، وَلَا يَكُونُ الْفَسْخُ طَلَاقًا لِأَنَّ الطَّلَاقَ تَصَرُّفٌ فِي النِّكَاحِ وَهَذَا فُسْخٌ
لَأَصْلِ النِّكَاحِ ، وَلِأَنَّ الْفَسْخَ إِنَّمَا يَكُونُ طَلَاقًا إِذَا فَعَلَهُ الْقَاضِي نِيَابَةً عَنِ الزَّوْجِ وَهَذَا لَيْسَ
كَذَلِكَ ، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ لِمَا بَيْنَا ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا
الْمُسَمَّى وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ وَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ لِلدُّخُولِ فِي عَقْدٍ صَحِيحٍ . قَالَ (فَإِنْ قَبِضَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ
أَوْ جَهَّزَ بِهِ أَوْ طَالَبَ بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ رَضِيَ) لِأَنَّ ذَلِكَ تَقْرِيرٌ لِلنِّكَاحِ ، وَأَنَّهُ رَضِيَ كَمَا إِذَا زَوَّجَهَا
فَهَكَتِ الزَّوْجَ مِنْ نَفْسِهَا (وَإِنْ سَكَتَ لَا يَكُونُ رِضًى) وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ مَا لَمْ تَلِدْ لِأَنَّ
السُّكُوتَ عَنِ الْحَقِّ الْمَأْكُودَ لَا يَبْطُلُهُ لِحْتِمَالُ تَأْخُرِهِ إِلَى وَقْتٍ يَخْتَارُ فِيهِ الْخَصُومَةُ (وَإِنْ رَضِيَ
أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَلَيْسَ لِغَيْرِهِ مِمَّنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُ الْإِعْتِرَاضُ وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ
ذَلِكَ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : لِلْبَاقِيْنَ حَقٌّ الْإِعْتِرَاضُ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبِتَ لِحِمَايَتِهِمْ فَإِذَا رَضِيَ
أَحَدُهُمْ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ وَبَقِيَ حَقُّ الْبَاقِيْنَ : وَلِنَا أَنْ هَذَا فِيمَا يَنْتَجِزُ وَهَذَا لَا يَنْتَجِزُ وَهُوَ دَفْعُ
الْعَارِ فَجَعَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَالْمُنْفَرِدِ كَمَا مَرَّ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ صَحَّ الْإِسْقَاطُ فِي حَقِّهِ فَيَسْقُطُ
فِي حَقِّ غَيْرِهِ ضَرُورَةُ عَدَمِ التَّجْزِئَةِ كَالْعَفْوِ عَنِ الْقَصَاصِ وَصَارَ كَالْأَمَانِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا
رَضِيَتْ لِأَنَّ حَقَّهَا غَيْرَ حَقِّهِمْ ، لِأَنَّ حَقَّهَا صِيَانَةُ نَفْسِهَا عَنْ ذَلِّ الْإِسْتِفْرَاشِ ، وَحَقِّهِمْ
فِي دَفْعِ الْعَارِ ، فَسُقُوطُ أَحَدِهِمَا لَا يَقْتَضِي سُقُوطَ الْآخَرِ . وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا
تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ كُفٍّ لَمْ يَجِزْ . قَالَ شَيْخُ الْأُمَمَةِ السَّرْحَسِيُّ : وَهُوَ أَحْوَجُ فَلَيْسَ كُلُّ وَلِيٍّ
يَحْسُنُ الْمُرَافَعَةَ إِلَى الْقَاضِي ، وَلَا كُلُّ قَاضٍ يَعْدِلُ ، فَكَانَ الْأَحْوَجُ سَدُّ هَذَا الْبَابِ (١) ،
وَلَوْ اتَّسَبَ إِلَى غَيْرِ نَسَبِهِ فَتَزَوَّجَتْ إِنْ كَانَ النِّسْبُ الْمَكْتُومُ أَفْضَلَ لِاخْتِيَارِهَا وَلَا لِلْأَوْلِيَاءِ
كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ مُعَيَّبٌ فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ ، وَإِنْ كَانَ دُونَهُ فَلَهَا وَلَهُمُ الْخِيَارُ ، وَإِنْ رَضِيَتْ
فَلَهُمُ الْخِيَارُ لِمَا تَقَدَّمَ ، وَإِنْ كَانَ دُونَهُ إِلَّا أَنَّهُ كُفٌّ بِالنِّسْبِ الْمَكْتُومِ فَلَا خِيَارَ لِلْأَوْلِيَاءِ
لِأَنَّهُ كُفٌّ لَهُمْ فَلَا عَارَ عَلَيْهِمْ وَلَهَا الْخِيَارُ لِأَنَّهُ شَرَطُهَا زِيَادَةُ مَنْفَعَةٍ ، وَقَدْ فَاتَتْ فَيُثْبِتُ الْخِيَارَ
كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَازٌ أَوْ كَاتِبٌ فَوَجَدَهُ لَا يَحْسُنُهُ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِسْتِفْرَاشَ ذَلًّا

(١) قَالَ فِي الْخَاتِمَةِ : هَذَا أَصَحُّ وَأَحْوَجُ ، وَالْمُخْتَارُ لِلْفَتَوَى فِي زَمَانِنَا .

وَلَا نَقَصَتْ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا أَوْ يُتِمَّمَهُ .
 الْمَهْرُ أَقْلُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ أَوْ مَا قِيَمَتُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ وَلَا يَجُوزُ أَنْ
 يَكُونَ إِلَّا مَالًا ،

في جانبها ، وهي إنما رضيت باستفراش من هو أفضل منها ، وإن كانت هي التي غرته
 فلا خيار له لأنه لا يفوته شيء من المصالح ، والكفاءة ليست بشرط من جانبها ، وهو قادر
 على الطلاق وصار كالجلب والعنة والرتق . وعن أبي بكر الرازي وأبي الحسن الكرخي أنه
 لا تعتبر الكفاءة ، وهو مذهب مالك لقوله تعالى - إنا خلقناكم من ذكر وأنثى - إلى أن قال
 - إن أكرمكم عند الله أتقاكم - وقال عليه الصلاة والسلام « ليس لعربي على عجمي فضل
 إلا بالتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام لأبي هريرة « لو كان لي بنت لزوجتك » وروى
 « أن بلالا خطب امرأة من الأنصار فأبوا أن يزوجه ، فقال له عليه الصلاة والسلام : قل
 قل لهم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجوني » وجوابه ما تقدم ، ولأن
 المراد بالآية حكم الآخرة لا الدنيا ، لأن التقوى لا يعلم حقيقتها إلا الله وثوابها في الآخرة
 وكذا قوله عليه الصلاة والسلام المراد به الفضل عند الله تعالى وهو جواب الحديث ، ويجب
 الحمل عليه توفيقا بين الأدلة . قال (وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا
 أو يتممه) ولا إشكال في ذلك على قولهما لأنه يجوز نكاح المرأة بغير إذن وليها أما على
 قول محمد فلا إشكال أيضا على رواية رجوعه . إلى قول أبي حنيفة ، وعلى قول الأول
 فيه إشكال لأنه لا يصح نكاحها عنده إلا باذن الولي . قالوا : صورته إذا أكره الولي المرأة
 على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الإكراه فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند
 أبي حنيفة خلافا لهما على ما تقدم .

فصل

(المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم ، ولا يجوز أن يكون إلا مالا) والأصل
 فيه قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم - علق الحل بشرط الابتغاء
 بالمال فلا يحل دونه ، وسقوطه بالطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية لا يدل على عدمه لأنه
 يشبه الفسخ ، وسقوط العوض عند وجود الفسخ لا يدل على عدم الوجوب ، ولأن
 سقوطه يدل على ثبوته إذ لا يسقط إلا ما ثبت ولزم ، والتنصيف بالطلاق قبل الدخول
 ثبت نصا على خلاف القياس ، والمذكور في الآية مطلق المال فكان مجملا ، والنبي عليه
 الصلاة والسلام فسره بالعشرة فقال فيما رواه عنه جابر وعبد الله بن عمر « لا مهر أقل
 من عشرة دراهم » ولأن المهر ثبت حقا لله تعالى حتى لا يكون النكاح بدونه ، ولونفاه
 أو سكت عنه ، ولهذا كان لها المطالبة بالفرض والتقدير وأنه يبتنى على وجود الأصل ،

فَانْ سَمِيَ أَقْلٌ مِّنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا عَشْرَةٌ (ز) ، وَمَنْ سَمِيَ مَهْرًا لَزِمَهُ بِالْدُخُولِ
وَالْمَوْتِ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَهُ نِصْفُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ لَهَا مَهْرًا
أَوْ شَرَطَ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْدُخُولِ وَالْمَوْتِ وَالْمُنْعَةُ بِالطَّلَاقِ
قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلَا تَجِبُ إِلَّا هَذِهِ ، وَتُسْتَحَبُّ لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ سِوَاهَا .
وَالْمُنْعَةُ دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِحَالِهِ ، وَلَا تَزَادُ عَلَى قَدَرٍ نِصْفِ
مَهْرِ الْمِثْلِ ،

وما ثبت لحق الله تعالى يدخله التقدير كالزكاة . قال (فان سمي أقل من عشرة فلها عشرة)
وقال زفر : لها مهر المثل لأنه سمي ما لا يصلح مهرا فصار كعدم التسمية . ولنا أن العشرة
لا تتبع في حكم العقد ، فتسميته بعضه كتسميته كله كالطَّلقة ، وكما إذا تزوج نصفها ،
لأن الشرع أوجبه إظهارا لخطر النكاح ، ولا يظهر بأصل المال لتناوله الحقيق منه ،
وما أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة ، ولأنها حطت عنه ما تملكه وما لا تملكه ،
فيسقط ما تملكه وهو الزيادة على العشرة ، ولا يسقط ما لا تملكه وهو تمام العشرة ، كما
إذا أسقط أحد الشريكين الدين المشترك يصح في نصيبه خاصة . قال (ومن سمي مهرا لزمه
بالدخول والموت) أما الدخول فلأنه تحقق به تسليم المبدل ، وبالموت يتقرر النكاح بانتهائه
فيجب البدل (وإن طلقها قبل الدخول لزمه نصفه) لقوله تعالى - فنصف ما فرضتم - .
قال (وإن لم يسم لها مهرا أو شرط أن لا مهرا لها فلها مهر المثل بالدخول والموت والمنعة
بالطلاق قبل الدخول) لأن النكاح صح فيجب العوض لأنه عقد معاوضة ، والمهر وجب
حقا للشرع على ما بينا ، والواجب الأصلي مهر المثل لأنه أعدل فيصار إليه عند عدم
التسمية ، بخلاف حالة التسمية لأنهم رضوا به ، فان كان أقل من مهر المثل فقد رضيت
بالتقصان ، وإن كان أكثر فقد رضى بالزيادة . قال عليه الصلاة والسلام « المهر ما تراضى
عليه الأهلون » وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الأشجعية
بمهر المثل ، وقد تزوجت بغير مهر ومات عنها قبل الدخول . وأما وجوب المنعة بالطلاق
قبل الدخول فللقوله تعالى فيه - ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - قال (ولا
تجب إلا لهذه) لأنها قائمة مقام نصف المهر وهي خلف عنه فلا تجتمع مع الأصل في حق
غيرها ، ولهذا لو كانت قيمتها أكثر من نصف مهر المثل وجب نصف مهر المثل ولا ينقص
من خمسة دراهم (وتستحب لكل مطلقة سواها) قال (والمنعة درع وخمار وملحفة)
هكذا ذكره ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما (يعتبر ذلك بحاله) لقوله تعالى - على
الموسع قدره - (ولا تزد على قدر نصف مهر المثل) لأن النكاح الذي سمي فيه أقوى ،
فاذا لم يحب في الأقوى أكثر من نصف المهر لا يجب في الأضعف بطريق الأولى

وَلَا زَادَهَا فِي الْمَهْرِ لَزِمَتَهُ الزَّيَادَةُ ، وَتَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدَّخُولِ (س) ،
وَلَا حَظَّتْ مِنْ مَهْرِهَا صَحَّ الحِطُّ ، وَالْخُلُوةُ الصَّحِيحَةُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ
كَالدَّخُولِ ، وَكَذَلِكَ الْعَيْنُ وَالْخَصِيُّ وَالْمَجْبُوبُ (سم) . وَالْخُلُوةُ الصَّحِيحَةُ
أَنْ لَا يَكُونَ ثَمَّ مَانِعٌ مِنَ الوَطْءِ طَبْعًا وَشَرْعًا ، فَلَمْ يَرْضَ الْمَانِعُ مِنَ الوَطْءِ مِنْ
جِهَتِهِ أَوْ جِهَتِهَا مَانِعٌ طَبْعًا ، وَكَذَلِكَ الرَّتْقُ وَالْقَرْنُ وَالْحَيْضُ وَالْإِحْرَامُ
وَصَوْمُ رَمَضَانَ وَصَلَاةُ الْفَرَضِ .

قال (وإن زادها في المهر لزمت الزيادة) لما مرَّ في البيوع في الزيادة في الثمن والمثلين
(وتسقط بالطلاق قبل الدخول) وعند أبي يوسف تنصف بالطلاق قبل الدخول ، لأن
عنده المفروض بعد العقد كالمفروض فيه . وعندهما التنصيف يختص بالمفروض فيه .
وأصله أنه إذا تزوجها ولم يسم لها مهرًا ثم اصطالحا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات
عنها ، وإن طلقها قبل الدخول فالمتعة . وقال أبو يوسف : ينصف ما اصطالحا عليه
لقوله تعالى - فينصف ما فرضتم - . ولهما أن هذا تعيين لما وجب بالعقد من مهر المثل ،
ومهر المثل لا ينصف ، فكذا ما يقوم مقامه ، والقرض المعروف هو المفروض في العقد ،
وهو المراد بالنص . قال (وإن حطت من مهرها صح الحط) لأنه خالص حقها بقاء
واستيفاء فتملك حظه كسائر الحقوق . قال (والخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح
كَالدخول) لما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم « من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » ، وروى
زرارة بن أبي أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أنه إذا أرخى سترا
أو أغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدة . وقال عمر رضي الله عنه : فيه ما ذنبهن
إذا جاء العجز من قبلكم ، ولأنه عقد على المنافع فيستقر بالتخلية كالإجارة ولأنها سلمت
المبدل إليه فيجب لها البذل كالبيع (وكذلك العين والخصي) لما ذكرنا (و) كذلك
(المجبوب) وقال : يجب عليه نصف المهر لوجود المانع قطعاً وهو أعجز من المريض ،
وله أن المستحق له في هذا العقد إنما هو السحق (١) وقد سلمت إليه ذلك (والخلوة
الصحيحة أن لا يكون ثم مانع من الوطء طبعاً وشرعاً ، فلم يرض المانع من الوطء من جهته
أو جهتها مانع طبعاً ، وكذلك الرتق والقرن) وكذا إذا كان يخاف زيادة المرض ، فانه
لا يعرى عن نوع فتور (والحيض) مانع شرعاً وطبعاً إذ الطباع السليمة تنفر منه (والإحرام)
بالحج أو العمرة فرضاً أو نفلاً (وصوم رمضان وصلاة الفرض) مانع شرعاً . أما الإحرام

وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة ، ولا يتجاوز به المسمى ، ويثبت فيه النسب .

وإن تزوجها على خمر أو خنزير ، أو على هذا الدن من الخل (سم) فإذا هو خمر ، أو على هذا العبد فإذا هو حر ، أو على خدمته سنة (س) ، أو تعليم القرآن جاز النكاح (م) ، ولها مهر المثل .

فلما يلزمه من الدم ، وفي الصوم لما يلزمه من الكفارة والقضاء ، بخلاف التطوع فانه يجوز إفطاره بعذر يتعلق بحق الآدمي كالضيافة ، ولا كذلك رمضان والمنذور والقضاء فيه روايتان ؛ وقيل في صوم يوم التطوع روايتان ، وكذلك السنن إلا ركعتي الفجر والأربع قبل الظهر لشدة تأكيدهما بالوعيد على تركهما ، والمكان الذي تصح فيه الخلوة أن يأمنها فيه اطلاع غيرهما عليهما حتى لو خلا بها في مسجد أو حمام أو طريق أو على سطح لاحتجاب له فليست صحيحة ، وكذلك لو كان معها أعمى أو صبي يعقل أو مجنون أو كلب عقور أو منكوحه له أخرى أو أجنبية ؛ وفي الأمة فيه روايتان ، وعليها العدة في جميع ذلك احتياطاً لأنها حق الشرع . قال (وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة) لأن الحرمة قائمة وأنها مانعة شرعاً ، فلا يجب إلا باستيفاء منافع البضع حقيقة ، وإنما يجب مهر المثل لأنه لما فسد المسمى صرنا إلى مهر المثل ، إذ هو الموجب الأصل . لما مر (ولا يتجاوز به المسمى) لأن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية ، فان نقصت عن مهر المثل لانتجبت الزيادة عليهما لعدم التسمية ، وإن زادت لانتجبت الزيادة لفساد التسمية بخلاف البيع الفاسد حيث تجب القيمة بالغة ما بلغت لأنه مال متقوم فيقدر بدله بقيمته (ويثبت فيه النسب) لأنه مما يحتاط في إثباته ، وأول مدته وقت الدخول ، بخلافه النكاح الصحيح حيث يعتبر من وقت العقد ، لأن الصحيح دأب إلى الوطء فأقيم العقد مقامه ، والفاسد ليس بدأب لما بينا من الحرمة فلا يقام العقد مقامه ، وعليها العدة احتياطاً وتحريزاً عن اشتباه النسب ، وأولها يوم التفريق لأنها وجبت لشبهة النكاح ، والشبهة إنما ترفع بالتفريق

فصل

(وإن تزوجها على خمر أو خنزير ، أو على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر ؛ أو على هذا لعبد فإذا هو حر ؛ أو على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن جاز النكاح ولها مهر المثل) أما الخمر والخنزير فلأنه شرط فاسد فيلغو ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع ، وإذا بطلت التسمية صارت كالعدم فيجب مهر المثل لما تقدم : وأما الدن فكذلك

وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِأَذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً جَازَ وَلَهَا الْخِدْمَةُ ، وَإِنْ
تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ وَفَّى فَلَهَا الْمُسَمَّى ،

عند أبي حنيفة ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية فصار كأنه تزوجها على الخمر ،
وقالا : لها مثل وزنه خلا ، وكذلك العبد عند أبي حنيفة لما مر . وقال أبو يوسف : يجب
فيه مثل قيمته لو كان عبداً لأنه أطمعها في مال وقد عجز عن تسليمه فيجب قيمته
أو مثله كما إذا تزوجها على عبد الغير . وقال محمد : يجب مهر المثل لأن الأصل
أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى
موجود في المشار إليه ذاتاً ، ألا يرى أنه لو اشترى فصاً على أنه ياقوت أحمر فاذا هو
أخضر انعقد العقد لاتحاد الجنس ، وإن كان المسمى من خلاف جنس المشار إليه يتعلق
العقد بالمسمى لأنه ليس موجوداً فيه لا ذاتاً ولا صفة ، ألا ترى أن من اشترى فصاً على أنه
ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ، وفيما نحن فيه العبد والحرّ جنس
واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه كأنه تزوجها على حرّ فيلزمه مهر المثل . أما الخُلّ والخمر
جنسان لتفاحش التفاوت بينهما فيتعلق العقد بالمسمى وهو الخُلّ فيلزمه ؛ وأما إذا تزوجها
على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن فذهبهما وجوب مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة
خدمته لأنه مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كما إذا تزوجها على عبد الغير فانه
تجب القيمة . ولهما أن الخدمة ليست بمال لأنها لا تستحق بحال فصار كتسمية الخمر ، وهذا
لأن تقوّم المنافع بالعقد ، فاذا لم يجب تسليمها فيه لم يظهر تقوّمها فيصار إلى مهر المثل لما بينا
أو نقول المشروع الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع لما بينا ، أو نقول تعليم
القرآن واجب فلا يجوز أن يكون مهراً كتعليم الشهادتين ، بخلاف خدمة العبد لأنها مال
فإنها تتضمن تسليم رقبته ، ولأن استحقاق الزوجة خدمة الزوج قلب الموضوع ، لأن
توقير الزوج واجب عليها وفي استخدامه إهائته . قال (وإذا تزوّج العبد بأذن مولاه على
خدمته سنة جاز ولها الخدمة) لأنها مال على ما بينا ولا مناقضة فانه يخدم المولى معنى حيث
كان بأمره ؛ ولو تزوّجها على خدمة حرّ آخر ، الصحيح أنه يصحّ إذ لا مناقضة ، وترجع
بقيمة خدمته على الزوج ، ولو تزوّجها على أن يرعى غنمها أو يزرع أرضها فيه روايتان
والفرق على إحداهما أنه لا مناقضة لأنه من باب القيام بمصالح الزوجية ؛ ولو جمع بين ما هو
مال وما ليس بمال ، فإن وفي المال بالعشرة فهو لها لا غير ، وإن لم يف فلها تمام مهر مثلها
كما لو تزوّجها على عشرة دراهم ورطل من خمر فلها العشرة ولا يكمل لها مهر المثل ؛ ولو
تزوّجها على عيب عبد اشتراه منها جاز ، فإن كانت قيمة العيب عشرة فهو لها وإلا يكمل
عشرة . قال (وإن تزوّجها على ألف على أن لا يتزوّج عليها ، فإن وفي فلها المسمى) لأنه

وإلا فمهر مثلها ، وإن قال على ألف إن أقام بها ، وألفين إن أخرجهما ، فإن أقام فلها الألف ، وإن أخرجهما فمهر مثلها (سم ز) ، وإن تزوجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههما بمهر المثل (سم) ، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل (سم) ؛ وإن تزوجها على حيوان ، فإن سمي نوعه كالفرس جاز ، وإن لم يصفه ولها الوسط ، فإن شاء أعطاه ذلك ، وإن شاء قيمته ؛ والثوب مثل الحيوان ، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه ،

يصلح مهرها وقد تراضيا به (وإلا فمهر مثلها) لأنها ما رضىت بالألف إلا مع ما ذكر لها من المنفعة فيكمل لها مهر المثل لأنها لم ترض به فكانه ما سمي ، ولو تزوجها على ألف وكرامتها (١) فلها مهر المثل لا ينقص من ألف لأنه رضى بها ، وإن طلقها قبل الدخول لها نصف الألف لأنها أكثر من المتعة (وإن قال على ألف إن أقام بها وألفين إن أخرجهما ، فإن أقام فلها الألف) لما بينا (وإن أخرجهما فمهر مثلها) لا يزداد على ألفين ولا ينقص من ألف ، وقالا : الشرطان جائزان ، وعند زفر فاسدان ولها مهر المثل في الوجهين ، وعلى هذا على ألف إن لم يتزوج عليها ، وألفين إن تزوج . لزفر أن كل واحد منهما على خطر الوجود فكان المهر مجهولا . ولهما أن كل واحد منهما فيه غرض صحيح وقد سمي فيه بدلا معلوما فصار كالحياطة الفارسية والرومية . ولأبي حنيفة أن الشرط الأول صح وموجبه المسمى لما بينا . والشرط الثاني ينفي موجب الأول والتسمية متى صح لا يجوز نفي موجبها فيبطل الشرط الثاني ؛ ولو تزوجها على ألف إن كانت قبيلة ، وألفين إن كانت جميلة صح الشرطان ، والفرق أنه لا مخاطرة هنا ، لأن المرأة على صفة واحدة إلا أن الزوج يجهلها ، وفي المسئلة الأولى المخاطرة موجودة في التسمية الثانية ، لأنه لا يدري أن الزوج هل ينفي بالشرط الأول أم لا (وإن تزوجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههما بمهر المثل ، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل) وقالا : لها الأوكس بكل حال ؛ وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس بالإجماع لهما أن الأوكس مسمى يبين لأنه أقل ولا يصار إلى مهر المثل مع المسمى . ولأبي حنيفة أن الأصل مهر المثل ، وإنما يترك عند صحة المسمى وأنه مجهول للدخول كلمة أو فيكون فاسدا ، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فقد رضىت بالخط ، وإن كان أقل فقد رضى بالزيادة ، ومتى جهل المسمى تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول ، إلا أن نصف الأوكس يزيد عليها عادة فيجب لاعترافه به . قال (وإن تزوجها على حيوان فإن سمي نوعه كالفرس جاز وإن لم يصفه ولها الوسط فإن شاء أعطاه ذلك ، وإن شاء قيمته ؛ والثوب مثل الحيوان ، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه

(١) قوله وكرامتها : أي بأن يحسن إليها بشيء تسره به

وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ

وكذلك كل ما يثبت في الذمة (والأصل في ذلك أن التسمية لانصح مع جهالة الجنس والنوع والصفة لأنها تؤدي إلى المنازعة ، وتصح مع الجهالة اليسيرة كجهالة الوصف لأن النكاح يحتمل ضربا من الجهالة ، لأن مبناه على المساهلة والمساخة ، ألا ترى أنه يجوز بمهر المثل مع جهالته لما أنها لا توجب المنازعة كذلك جهالة الوصف ، بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة والمضايقة . ثم الجهالة أنواع : منها جهالة النوع والوصف كقوله : ثوب أو دابة أو دار فلا تصح هذه التسمية لتفاوتها تفاوتاً فاحشاً في الصور والمعاني فيجب مهر المثل ، وكذا التسمية مع الخطر كقوله على ما في بطن جاريتي أو غنمي أو ما يحمله نخله هذه السنة . ومنها ما هو معلوم النوع مجهول الصفة مثل قوله عبد أو فرس أو بقرة أو شاة أو ثوب هروى فإنه تصح التسمية ، ويجب الوسط منه لأنه إذا كان معلوم النوع كان له جيد وروى ووسط والوسط أعدل لأنه ذو حظ من الطرفين ؛ وعند جهالة النوع لا وسط لاختلاف معاني الأنواع ، فإن معنى الفرس غير معنى الجمل ، ومعنى الشاة غير معنى الجاموس ؛ وكذلك اختلاف أنواع الثياب كالأطلس والقطن وغيرهما ، وإنما يتخير لأن الوسط إنما يعرف بالقيمة فكانت أصلا في حق الإيفاء ، والعين أصل من حيث التسمية فيتخير وتجبر المرأة على القبول ، وقال زفر : إذا كان المهر ثوبا صوفا لا تجبر على أخذ القيمة ، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها استحققت الثوب بالتسمية فلا تجبر على أخذ غيره كما في السلم . وجوابه إذا لم يكن معينا فهو وقيمته سواء في الجهالة فتجبر على القبول كما في الحيوان . واختار بعضهم قول زفر وقال هو الأصح ، لأن الثوب وجب في الذمة وجوبا مستقرا كالسلم ؛ ولا كذلك الحيوان لأنه لا يجب في الذمة وجوبا مستقرا في السلم فكذا هنا ، ثم عند أبي حنيفة قيمة العبد الوسط أربعون ديناراً ، وإن سمي أبيض فخمسون وهو قيمة الغرة ، والمهر بمعنى الغرة ، وعندهما على قدر الرخص والغلاء ، وقيل هذا اختلاف زمان لا برهان . ومنها ما هو معلوم الجنس والصفة وهو غير معين كما إذا تزوجها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة تصح التسمية ، ويلزمه تسليم عينه لأن ذلك يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً فيلزمه تسليمه كالنقود ؛ ولو تزوجها على كره حنطة مطلقاً ولم يصفه بخير الزوج بين الوسط وبين قيمته . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزمه تسليم الكره ؛ ولو تزوج امرأتين على ألف قسمت الألف على قدر مهر مثليهما رجوعاً إلى الأصل لأنه لما أضاف إليهما فقد أضاف إلى كل واحدة ما تستحقه واستحقاقهما في الأصل مهر المثل كن دفع إلى ربي دين ألفاً بينهما فأنهما يقسمانها على قدر دينيهما كذلك هذا ، فإن طلقهما قبل الدخول فنصف الألف بينهما على قدر حقيهما ، فإن لم يصح نكاح إحداها

وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا ، فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُمْ مِثْلُ حَالِهَا
فَمِنْ الْأَجَانِبِ ، وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِي السِّنِّ وَالْحُسْنِ وَالْبَكَارَةِ وَالْبَلَدِ
وَالْعَصْرِ وَالْمَالِ ، فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ كُلُّهُ فَالَّذِي يُوْجَدُ مِنْهُ ؛ وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ
تَمْنَعَ نَفْسَهَا وَأَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا ،

صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ، لِأَنَّ الْمَبْطِلَ اخْتَصَّ بِهَا فَلَا يَتَعَدَّهَا وَالْأَلْفُ كُلُّهَا لِتِي صَحَّ نِكَاحُهَا
وَقَالَا : يَقْسَمُ عَلَى مَهْرٍ مِثْلَيْهَا كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَيْهَا كَهَيِّ ، فَمَا أَصَابَ التِّي صَحَّ
نِكَاحُهَا فَهُوَ لَهَا وَيَسْقُطُ الْبَاقِي . وَلَأَنِّي خَفِيفَةٌ أَنْ إِضَافَةُ النِّكَاحِ إِلَى مَنْ لَا يَصْبَحُ نِكَاحُهَا لِفَوْرِ
فَصَارَ كَمَا إِذَا ضُمَّ إِلَيْهَا أَسْطَوَانَةُ أَوْ دَابَّةٌ ، وَالْبَدَلُ إِنَّمَا يَنْقَسِمُ بِحُكْمِ الْمَعَاضَةِ وَالْمَسَاوَةِ وَالدَّخُولِ
فِي الْعَقْدِ ، وَلَا مَعَاضَةٌ فِي الْحَرَمَةِ ، وَلَا مَسَاوَةٌ وَلَا دَخُولٌ فِي الْعَقْدِ فَصَارَتْ عَدَمًا ،
وَإِضَافَةُ الشَّيْءِ إِلَى اثْنَيْنِ وَاخْتِصَاصُهُ بِأَحَدِهِمَا جَائِزٌ ، قَالَ تَعَالَى - يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ
أَلَمْ يَأْتِكُمْ رِسَالٌ مِنْكُمْ - أَضَافَ الرِّسْلَ إِلَيْهَا ، وَالرِّسْلُ مَخْتَصَةٌ بِالْإِنْسِ دُونَ الْجِنِّ ، فَإِنْ
دَخَلَ بِالتِّي لَمْ يَصْبَحْ نِكَاحُهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ عِنْدَ أَبِي خَفِيفَةٌ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ وَطْءٌ حَرَامٌ
سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِشَبْهِ الْعَقْدِ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَعِنْدَهُمَا الْأَقْلُ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ وَمَا يَخْصُهَا
قَالَ (وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا) كَأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ عَمِّهَا دُونَ أُمِّهَا وَخَالَاتِهَا
إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ قَبِيلَةِ أَبِيهَا ، هَكَذَا رَوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي بَرُوعٍ حِينَ
تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ مَهْرٍ ، فَقَالَ : لَهَا مَهْرٌ مِثْلُ نِسَائِهَا وَنِسَائِهَا أَقْرَابُ الْأَبِ ، وَلِأَنَّ قِيَمَةَ الشَّيْءِ
تَعْرِفُ بِقِيَمَةِ جِنْسِهِ ، وَجِنْسُهُ قَوْمُ أَبِيهِ (فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُمْ مِثْلُ حَالِهَا فَمِنْ الْأَجَانِبِ) تَحْصِيلًا
لِلْمَقْصُودِ بِقَدْرِ الْوَسْعِ . قَالَ (وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِي السِّنِّ وَالْحُسْنِ وَالْبَكَارَةِ وَالْبَلَدِ
وَالْعَصْرِ وَالْمَالِ) فَإِنَّ الْمَهْرَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ هَذِهِ الْأَوْصَافِ لِأَنَّ الرِّغْبَاتِ تَخْتَلِفُ بِهَا (فَإِنْ
لَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ كُلُّهُ فَالَّذِي يُوْجَدُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ اجْتِمَاعُ هَذِهِ الْأَوْصَافِ فِي امْرَأَتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ
بِالْمَوْجُودِ مِنْهَا لِأَنَّهَا مِثْلُهَا . وَعَنْ بَعْضِ الْمَشَائِخِ أَنَّ الْجَمَالَ لَا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَتْ ذَاتٌ حَسَبٍ
وَشَرَفٍ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي الْأَوْسَطِ لِأَنَّ الرِّغْبَةَ حَيْثُ فِي الْجَمَالِ . قَالَ (وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا
وَأَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا) لِأَنَّ حَقَّهُ قَدْ تَعَيَّنَ فِي الْمَبْدَلِ فَوَجِبَ أَنْ يَتَعَيَّنَ حَقُّهَا
فِي الْمَبْدَلِ تَسْوِيَةً بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ كُلُّهُ مُؤْجَلًا لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِتَأْخِيرِ حَقِّهَا ،
وَعِنْدَ أَبِي يُونُسَ لَهَا ذَلِكَ لِأَنَّهَا سَلِمَتْ إِلَيْهِ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْنَعَ بَعْدَهُ كَالْبَائِعِ إِذَا سَلِمَ الْمُبِيعُ
لَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَلَهُ أَنْ الْمَهْرُ مُقَابِلُ بِجَمِيعِ الْوَطَآتِ لَثَلَا يَخْلُو الْوُطْءُ عَنِ الْعَوْضِ
إِظْهَارًا لِحُطْرِ الْبُضْعِ إِلَّا أَنَّهُ تَأَكَّدَ بِوُطْءِ الْأُولَى لِحَالَتِهَا مَا وَرَاءَهَا ، وَالْمَجْهُولُ لَا يَزَاحِمُ الْمَعْلُومَ
فَإِذَا وَجَدَ بَعْدَهُ وَطْءَ آخَرَ صَارَ مَعْلُومًا فَتَحَقَّقَتِ الْمَزَاحِمَةُ فَصَارَ الْمَهْرُ مُقَابِلًا بِالْكُلِّ ،

فَإِذَا أَوْفَاهَا مَهْرَهَا نَقَلَهَا إِلَى حَيْثُ شَاءَ ، وَقِيلَ لَا يُسَافِرُ بِهَا وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى .

فصل

وَلَا يَبْجُوزُ بِيْسَاحِ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وَالْمُدَبَّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى ، وَيَمْلِكُ لِإِجْبَارِهِمْ عَلَى التَّزْوِجِ ؛ وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ

وَنظِيرِهِ الْعَبْدُ الْجَانِي إِذَا جَنَى جُنَايَةً يَدْفَعُ بِهَا ، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ حَتَّى جَنَى أُخْرَى وَأُخْرَى دَفَعَ بِالْكُلِّ . قَالَ (فَإِذَا أَوْفَاهَا مَهْرَهَا نَقَلَهَا إِلَى حَيْثُ شَاءَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - أَسْكَنْوْهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ - (وَقِيلَ لَا يُسَافِرُ بِهَا وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى) لِفُسَادِ أَهْلِ الزَّمَانِ ، وَالْغَرِيبِ يُوْذَى ، وَقِيلَ يُسَافِرُ بِهَا إِلَى قَرْيَةِ الْمَصْرِ الْقَرِيبَةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِغُرَبَاءَ ، وَإِذَا ضَمِنَ الْمَوْلَى الْمَهْرَ صَحَّ ضِمَانُهُ كُفْرُهُ مِنَ الدِّيُونِ ، وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَطَالِبَ أَيُّهُمَا شَاءَتْ كَسَائِرَ الْكِفَالَاتِ ، وَحُكْمُهَا فِي الرَّجُوعِ كُفْرُهَا مِنَ الْكِفَالَاتِ ؛ وَلَوْ ضَمِنَ الْمَهْرَ عَنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ صَحَّ لِمَا قُلْنَا ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا أَدَّى لِأَنَّهُ صَلَاحٌ عَرَفَا ، فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَأُخِذَ مِنْ تَرْكِهِ رَجْعُ بَقِيَّةِ الْوَرِثَةِ عَلَى الْإِبْنِ مِنْ حَصَّتِهِ لِأَنَّهُمْ أَدَّوْا عَنْهُ دِينَا عَلَيْهِ مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ . وَقَالَ زُفَرٌ : لَا يَرْجِعُونَ كَمَا إِذَا كَفَلَ عَنْ ابْنِهِ الْكَبِيرِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ أَوْ عَنْ أَجْنَبِيٍّ . قُلْنَا الْكِفَالَةُ هُنَا بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ حُكْمًا لَوْلَايَةِ الْأَبِ ، فَكَانَتْ كِفَالَتُهُ دَلِيلُ الْأَمْرِ مِنْ جِهَتِهِ لِيَرْجِعَ ، بِخِلَافِ الْكَبِيرِ وَالْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمَا ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَدَّى حَالَ حَيَاتِهِ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ ، فَانِ الْعَادَةَ جَارِيَةً يَتَبَرَّعُ - الْآبَاءُ بِمَهْرِ الْأَبْنَاءِ .

فصل

(وَلَا يَبْجُوزُ نِكَاحُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وَالْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى) وَأَصْلُهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « أَيُّمَا امْرَأَةً تَزَوَّجْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا فَهِيَ عَاهِرَةٌ » وَقَوْلُهُ « أَيُّمَا عَبْدًا تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ » وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عَيْبٌ فِي الْعَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ لِتَعَلُّقِ النِّفْقَةِ بِكُسْبِهِمَا وَالْمَهْرِ بِرَقَبَتِهِمَا ، فَلَا يَمْلِكُ غَيْرُ الْمَوْلَى ذَلِكَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ ، وَلِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ لِلْمَوْلَى فَلَا يَمْلِكُهَا غَيْرُهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ (وَيَمْلِكُ لِإِجْبَارِهِمْ عَلَى النِّكَاحِ) صِيَانَةً لِلْمَلِكَةِ وَتَحْصِينًا لَهَا عَنِ الزَّوْنِ الَّذِي هُوَ سَبَبُ هَلَاكِهِمْ أَوْ نَقْصَانِهِمْ ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَشْمَلُ الْعَبْدَ وَالْأَمَةَ ؛ وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَزَوِّجَ الْمَكَاتِبَ وَالْمَكَاتِبَةَ بِغَيْرِ رِضَاهُمَا وَلِخُرُوجِهِمَا عَنْ يَدِهِ عَلَى مَا نَبَيَّنَتْ فِي الْمَكَاتِبِ ، وَلَا يَبْجُوزُ نِكَاحُهُمَا إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى لِرُقِّ الثَّابِتِ فِيهِمَا بِالْحَدِيثِ ، وَيَمْلِكُ الْمَكَاتِبُ تَزْوِيجَ أُمَّتِهِ لِأَنَّهُ مِنْ الْإِكْتِسَابِ ، وَلَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ خُسْرَانٌ لَا إِكْتِسَابَ ، وَلَوْ زَوَّجَ أُمَّتُهُ مِنْ عَبْدِهِ بِغَيْرِ مَهْرٍ جَازٍ وَلَا مَهْرٍ لَهَا ؛ وَقِيلَ يَجِبُ حَقًّا لِلشَّرْعِ ثُمَّ يَسْقُطُ . قَالَ (وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ

مَوْلَاهُ فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ وَالْمُدَبَّرُ يَسْعَى ، وَإِذَا أُعْتِقَتِ الْأَمَةُ
أَوْ الْمَكْتُبَةُ وَلَهَا زَوْجٌ حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ فَلَهَا الْخِيَارُ وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ
أَنْ يُبَوِّئَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ لَكِنَّهَا تَخْدُمُ الْمَوْلَى ، وَيُقَالُ لَهُ : مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا
وَطَشَّيْتُهَا ؛ وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ بَغِيرَ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَقَالَ لَهُ الْمَوْلَى طَلَّقْهَا فَلَيْسَ
بِإِجَازَةٍ ، وَلَوْ قَالَ طَلَّقْهَا تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً فَهُوَ إِجَازَةٌ ؛

مولاه فال مهر دين في رقبته يباع فيه) لأنه دين وجب في رقبته بفعله وقد ظهر في حق المولى
حيث وقع يلذنه فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن المرأة ، كما في ديون المأذون للتجارة
(والمدبر يسعى) لأنه لا يجوز بيعه فيؤدى من كسبه وكذلك ولد أم الولد من غير سيدها
قال (وإذا أعتقت الأمة أو المكاتبه ولها زوج حرٌّ أو عبد فلها الخيار) لقوله عليه الصلاة
والسلام لمبريرة حين أعتقت « ملكت بضعتك فاخترارى » جعل العلة المثبتة للخيار معنى فيها
وهو ملك البضع فيرتب عليه ، ويستوى فيه الحر والعبد لعموم العلة ، على أنه روى أن
زوجها كان حرّاً ، وهى راجحة على رواية أنه كان عبداً لأن الأصل الحرية ، ولأنه ازداد
الملك عليها في الفصلين فيثبت لها الخيار فيهما دفعا للضرر عنها . قال (ومن زوّج أمته فليس
عليه أن يبوّئها بيت الزوج لكنّها تخدم المولى ، ويقال له متى ظفرت بها وطشّيتها) لأن حق
المولى في الخدمة باق والتبوة بإبطال له فلا يلزمه ذلك ؛ ولو شرط في العقد أن لا يستخدمها
بطل الشرط ، فان بوأها بيتا معه فله أن يستخدمها وتبطل التبوة ، لأن الموجب للخدمة
الملك وهو باق فلا تبطل التبوة . قال (وإن تزوّج عبد بغير إذن مولاه فقال له المولى
طلّقها فليس بإجازة) لأنه يحتمل الرد وهو الظاهر هنا حيث تزوّج بغير أمره وافتات
عليه ، وردّ هذا العقد يسمى طلاقاً فيحمل عليه ، وكذا لو قال فارقتها وبل أولى (ولو قال
طلّقها تطليقة رجعية فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعى إنما يكون في النكاح الصحيح النافذ ؛
ولو أذن العبد في النكاح ينظم الصحيح والفساد ، وقالوا : هو على الصحيح خاصة ، لأن
المراد من النكاح الإعفاف وذلك بالدوام عليه ، وأنه في الصحيح دون الفساد ، ولأن الاسم
عند الإطلاق يقع على الصحيح كما في اليمين . ولأبي حنيفة أن اللفظ يجري على إطلاقه
كما مرّ في البيع ، ولئن قال البيع الفاسد يفيد بعض التصرفات كالعتق والملك وغيره
قلنا والنكاح الفاسد أيضاً يفيد بعض التصرفات كالنسب والعدة والمهر ، ومسئلة اليمين
ممنوعة ، ولئن سلمت فالأيمان مبناها على العرف ، وثمرة الاختلاف أنه لو تزوّج امرأة
نكاحاً فاسداً انتهى الأمر عنده فليس له أن يتزوّج أخرى . وعندهما له أن يتزوّج غيرها
نكاحاً صحيحاً ، لأن الأوّل لم يدخل تحت الأمر فيبقى الأمر ، وليس له أن يتزوّج إلا امرأة

وَالْإِذْنَ فِي الْعَزْلِ لِلْمَوْلَى الْأُمَةِ (سم)؛ وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ أَوْ أُمَةٌ بِبَغِيرِ إِذْنِ الْمَوْلَى ثُمَّ أَعْتَقَا نَقَضَ النِّكَاحُ وَلَا خِيَارَ لِلْأُمَةِ .

فصل

تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا أَوْ عَلَى مَيْتَةٍ ، وَذَلِكَ عِنْدَهُمْ جَائِزٌ جَازٌ وَلَا مَهْرَ لَهَا (سم) ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِبَغِيرِ شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةٍ (سم) كَافِرٍ آخَرَ جَازَ إِنْ دَانُوهُ ، وَلَوْ أَسْلَمَا أَقْرَأَ عَلَيْهِ ،

واحدة لأن الأمر لا يقتضى التكرار إلا أن يقول له تزوج ما شئت فيجوز له أن يتزوج ثنتين . قال (والإذن في العزل لمولى الأمة) وقالوا : إليها لأن الوطء حقها والعزل تنقيص له فيشترط رضاها . ولأبي حنيفة أن العزل يخلّ بحقّ المولى وهو حصول الولد الذى هو ملكه فيشترط رضاه ، بخلاف الحرّة لأن الولد والوطء حقها . قال (وإذا تزوّج عبد أو أمة بغير إذن المولى ثم أعتقا نفذ النكاح) لأنهما من أهل العبارة والتوقف لحقّ المولى وقد زال (ولا خيار للأمة) لأنه إنما نفذ بعد العتق فصار كأنها تزوّجت بعد العتق ، ولو تزوّجت ودخل بها الزوج ثم أعتقها المولى جاز النكاح لما بينا والمهر للمولى لأنه استوفى منفعة مملوكة للمولى ، والقياس أن يجب مهر آخر ، إلا أنا استحسننا وقلنا يجب مهر واحد ، لأن الجواز استند إلى أصل العقد ، ولو أعتقها ثم دخل بها فالمهر لها لأنه استوفى منفعة مملوكة لها .

فصل

(تزوّج ذمّيّ ذمّيّة على أن لا مهر لها أو على ميتة ، وذلك عندهم جائز جاز ولا مهر لها) وقالوا : لها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها ، وإن طلقها قبل الدخول فلها المنفعة لأنهم التزموا أحكامنا في المعاملات فصار كالربا ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وما التزموا أحكامنا فيما يعتقدون خلافاً ، وعقد الذمة منع إلزامهم بالسيف ، والحجة بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقدهم ، قال عليه الصلاة والسلام « إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » وكذلك الزنا فانه محرّم في جميع الأديان (وإن تزوّجها بغير شهود أو في عدة كافر آخر جاز إن دانه ، ولو أسلما أقرأ عليه) وقالوا : إذا تزوّجها في العدة فهو فاسد ، فإن أسلما أو أحدهما أو ترافعا إلينا فرّق بينهما ، لأن نكاح المعتدة حرام بالإجماع ، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ، وهم التزموا أحكامنا ولم يلتزموها بجميع الاختلافات . واه أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا تثبت الحرمة حقاً للشرع ولا للمطلق لأنه لا يعتقدها ،

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى خَيْرٍ أَوْ خَيْرٍ ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَهَا ذَلِكَ (م) إِنْ كَانَا عَيْنَيْنِ ، وَإِلَّا فَقِيْمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْخَنْزِيرِ ، وَإِذَا أَسْلَمَ الْمَجُوسِيُّ فُرَّقَ بَيْنُهُ وَبَيْنَ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ مَحَارِمِهِ ؛ وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُرْتَدَّةِ وَالْمُرْتَدَّةِ ، وَالْوَلَدُ يَتَّبِعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا ، وَالْكِتَابِيُّ خَيْرٌ مِنَ الْمَجُوسِيِّ ؛

بخلاف العدة من المسلم لأنه يعتقد بها ، وحالة المرافعة أو الإسلام حالة البقاء ، والعدة لاتنافيها كالموطوعة بشبهة ، وكذا الشهادة ليست شرطا حالة البقاء قال . (ولو تزوجها على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أحدهما فلها ذلك إِنْ كَانَا عَيْنَيْنِ ، وَإِلَّا فَقِيْمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْخَنْزِيرِ) وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الحالين . وقال محمد : القيمة فيهما . لهما إِنْ الْمَلِكُ يَتَأَكَّدُ بِالْقَبْضِ فَأَشْبَهَ الْعَقْدَ ، وَالْإِسْلَامُ مَانِعٌ مِنْهُ فَصَارَا كَمَا إِذَا كَانَا دِينَيْنِ . وَإِذَا أَمْتَنَ الْقَبْضُ قَالَ أَبُو يُوسُفَ : لَوْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ عِنْدَ الْعَقْدِ يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ ، فَكَذَا عِنْدَ الْقَبْضِ . وقال محمد : صحّت التسمية وعجز عن التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما إِذَا كَانَ عَبْدًا فَهَلْكَ قَبْلَ الْقَبْضِ . ولأبي حنيفة أَنَّ الْمَلِكَ تَمَّ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فِي الْمَعِينِ حَتَّى جَازَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَبِالْقَبْضِ يَنْتَقِلُ إِلَى ضَمَانِهَا مِنْ ضَمَانِهِ ، وَالْإِسْلَامُ غَيْرُ مَانِعٍ مِنْ ذَلِكَ كَأَسْتِرْدَادِ الْخَمْرِ الْمَغْصُوبِ ، وَخَرِ الْمَكَاتِبِ الذَّمَّى إِذَا عَجَزَ ، وَالْمَأْذُونُ إِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ ؛ وَفِي غَيْرِ الْمَعِينِ إِنَّمَا يَمْلِكُهُ بِالْقَبْضِ ، وَالْإِسْلَامُ مَانِعٌ مِنْهُ ؛ وَإِذَا أَمْتَنَ الْقَبْضُ فَالْخَمْرُ مِنْ ذَوَاتِ الْأُمُثَالِ وَالْخَنْزِيرُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ ، فَتَكُونُ الْقِيَمَةُ مَقَامَهُ فَلَا يَجِبُ ، فَتَعِينُ مَهْرُ الْمَثَلِ وَتَجِبُ الْقِيَمَةُ فِي الْخَمْرِ لِأَنَّهَا تَقُومُ مَقَامَهَا . قَالَ (وَإِذَا أَسْلَمَ الْمَجُوسِيُّ فُرَّقَ بَيْنُهُ وَبَيْنَ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ مَحَارِمِهِ) أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّ الْحَرَمِيَّةَ إِذَا طَرَأَتْ عَلَى النِّكَاحِ الصَّحِيحِ تَبْطُلُ ، وَلِأَنَّهَا تَنَافَى بَقَاءُ النِّكَاحِ وَلَا كَذَلِكَ الْعِدَّةُ عَلَى مَا بَيْنَا ، وَيُفْرَقُ بَيْنَهُمَا بِإِسْلَامِ أَحَدِهِمَا بِالْإِجْمَاعِ ، وَلَا يُفْرَقُ بِمِرَافَعَةِ أَحَدِهِمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِمَا لَقَوْلُهُ تَعَالَى - فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ - وَلِأَنَّ مِرَافَعَةَ أَحَدِهِمَا لَا يَبْطُلُ حَقُّ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ لَا يَعْتَقَدُهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اتَّفَقَا حَيْثُ يُفْرَقُ بَيْنَهُمْ لِمَا تَلَوْنَا ، وَلِأَنَّهُمَا رَضِيَا بِحُكْمِنَا فَيُلْزَمُهُمَا . قَالَ (وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُرْتَدَّةِ وَالْمُرْتَدَّةِ) بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ شَرْعِ النِّكَاحِ مَصَالِحُهُ ، وَلَا تَوْجِدُ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّةَ يَقْتُلُ وَالْمُرْتَدَّةُ تَجْبَسُ ، أَوْ نَقُولُ لِأَمْلَةٍ لَهَا لَأَنَّهَا خَرَجَا عَنِ الْإِسْلَامِ ، وَلَا يَقْرَأَنَّ عَلَى مَا انْتَقَلَا إِلَيْهِ ، وَيَجُوزُ نِكَاحُ النَّصْرَانِيِّ الْمَجُوسِيَّةِ وَالْيَهُودِيَّةِ ، وَالْيَهُودِيَّةِ النَّصْرَانِيَّةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ ، لِأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ ، كَذَا رَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَلَا كِفَاةَ بَيْنَ أَهْلِ الْكُفْرِ . قَالَ (وَالْوَلَدُ يَتَّبِعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا) نَظَرْنَا لَهُ حَتَّى لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا كَانَ مُسْلِمًا ، وَلَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا وَهَلُمَا وَلَدَ صَغِيرٌ صَارَ مُسْلِمًا (وَالْكِتَابِيُّ خَيْرٌ مِنَ الْمَجُوسِيِّ) حَتَّى يَجُوزَ أَكْلُ ذَبِيحَةِ الْكِتَابِيِّ

وَإِذَا أَسْلَمَتِ امْرَأَةُ الْكَافِرِ عُرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ ،
وإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَتَكُونُ الْفُرْقَةُ طَلَاقًا (س) ؛ وَإِنْ أَسْلَمَ زَوْجُ الْمَجُوسِيَّةِ
فَإِنْ أَسْلَمَتِ وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ ؛ وَإِنْ كَانَ الْإِسْلَامُ فِي دَارِ الْحَرْبِ
تَتَوَقَّفُ الْبَيْنُونَةُ فِي الْمَسْئَلَتَيْنِ عَلَى ثَلَاثِ حَيْضٍ قَبْلَ إِسْلَامِ الْآخَرِ ،
وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا ، وَكَذَا إِنْ
سَبَى أَحَدَهُمَا ، وَلَوْ سُبَيَا مَعًا لَمْ تَقَعْ ؛

ومنا كحته دون المجوسى . قال (وإذا أسلمت امرأة الكافر عرض عليه الإسلام) تحصيلًا
لمصالح النكاح بالإسلام ، لأنها قد فانت باسلامها (فإن أسلم فهي امرأته) كما إذا أسلما معا
(وإلا ففرق بينهما) لأن الإسلام لا يصلح أن يكون سببا للفرقة لما أنه طاعة وعبادة ،
فيجعل لإياؤه سببا لفوات مصالح النكاح عقوبة (وتكون الفرقة طلاقا) وقال أبو يوسف :
لا تكون طلاقا لأنه سبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا ، كما إذا ملكها أو ملكته .
ولهما أن الزوج ترك الإمساك بالمعروف مع القدرة عليه فينوب عنه القاضي في التسريح
بالإحسان فيكون قوله كقول الزوج فيكون طلاقا كما في الحب والعنة . قال (وإن أسلم
زوج المجوسية ، فإن أسلمت وإلا ففرق بينهما بغير طلاق) والفرق أن المرأة ليست من أهل
الطلاق فلا ينتقل قول القاضي إليها ، ثم إن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفرقة
جاءت من قبلها ، وإن كان قد دخل بها فلها المهر لأنه تأكد بالدخول (وإن كان الإسلام
في دار الحرب تتوقف البينونة في المسئلتين على ثلاث حيض قبل إسلام الآخر) لأنه لا بد
من الفرقة بينهما ، ولا قدرة على العرض في دار الحرب فجعلنا ثلاث حيض وهو شرط
الفرقة مقام السبب وهو العرض كحافر البئر وغيره ، ثم إذا بانت بثلاث حيض ذكر
في السير الكبير أنه طلاق عندهما . وروى أنه فرقة بغير طلاق كأبي يوسف ؛ ولو أسلم
الآخر قبل مضي ثلاث حيض لم تبئن منه ؛ وإن أسلم زوج الكتانية فلا عرض ولا فرقة
لأنه يجوز له نكاحها ابتداء ، فلأن يبيئ أولى ؛ ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان
عرض الإسلام على الآخر ، لأن الصبي يخاطب بالإسلام حقا للعباد حتى إنه يؤاخذ بحقوق
العباد ، فإن أبى فرق بينهما استحسانا لإفاء الحق صاحبها ودفعًا للضرر عنه . قال (وإذا
خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البينونة بينهما ، وكذا إن سبى أحدهما ، ولو سبيا
معا لم تقع) فسبب البينونة هو التباين دون السبي ، لأن مصالح النكاح لا تحصل مع التباين
حقيقة وحكما ، لأن مصالحه إنما تحصل بالاجتماع ، والتباين مانع منه . أما السبي فإنه
يقتضى ملك الرقبة وذلك لا ينافي النكاح ابتداء فكذا بقاء . وأما المستأمن فقصده الرجوع
٨ - الاختيار - ثالث

وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً لَاعِدَةً (سم) عَلَيْهَا ، وَإِذَا ارْتَدَّتْ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ (م) ؛ ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُرْتَدُّ الزَّوْجَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَهَا الْمَهْرُ وَقَبْلَهُ لَأَشْيَاءُ لَهَا وَلَا نَفَقَةٌ ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ فَالْكُلُّ بَعْدَهُ وَالنِّصْفُ قَبْلَهُ ؛ وَإِنْ ارْتَدَّا مَعًا ثُمَّ أَسْلَمَا مَعًا فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ..

فلم يوجد تباين الدارين حكما . قال (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة لاعدة عليها) وقالوا :: عليها العدة لأنها من أحكام الإسلام والفرقة حصلت في دار الإسلام . وله قوله تعالى - ولا تمسكوا بهم الكوافر - نزلت في هذه القضية نقلا عن بعض المفسرين ، ولأنها وجبت إظهارا لخطر النكاح ، ولا خطر لنكاح الحربى ، ولهذا قلنا لاعدة على المسبية . قال (وإذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق) وقال محمد : إن كان المرتد الزوج فهي طلاق لما مر في الإباء ، وأبو يوسف مر على أصله أيضا . والفرق لأبي حنيفة أن الردة تنافى المحلية كالحرمة والطلاق رافع فتعذر أن تكون الفرقة طلاقا ، ولهذا لا يحتاج في الفرقة هنا إلى القضاء ، أما الإباء لا ينافى المحلية والنكاح ، ولهذا تتوقف الفرقة على القضاء ، وإنما بالإباء امتنع عن التسريح بالإحسان فناب القاضى منابه على ما بينا (ثم إن كان المرتد الزوجة بعد الدخول فلها المهر وقبلة لأشياء لها ولا نفقة) وقد مر (وإن كان الزوج فالكل بعده والنصف قبله) وذكر في الفتاوى لو ارتدت المرأة قيل لا يفسد النكاح زجرا لها ، والصحيح أنه يفسد وتجبر على تجديد النكاح زجرا لها أيضا (وإن ارتدّا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما) لأن بتي حنيفة ارتدوا في زمن أبي بكر رضى الله عنه ثم أسلموا ، فأقرهم على أنكحهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة ، وذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير من أحدهم فكان إجماعا ، فإن أسلم أحدهما بعد الردة فسد النكاح كما في الابتداء ، ولوقبلها ابن زوجها أو وطنها حرمت على أبيه لما تقدم وسقط مهرها إذا كان قبل الدخول إن كانت مطاوعة لأن الفرقة جاءت من قبلها ؛ فقد امتنعت عن تسليم المبدل فتمنع البديل كما في البيع ، وإن كانت مكرهة لا يسقط ؛ وفي الصغيرة لا يسقط في الوجهين جميعا وإن كان يجمع مثلها ، لأنه لا اعتبار بفعلها حتى لا يتعلق به شيء من الأحكام فلا يجب عليها حد ولا تعزير ولا غسل ولا مأثم لعدم الخطاب فكذا هذا ؛ وإن ارتدت الصغيرة سقط مهرها لأنه إذا حكم بردها بطلت محلية النكاح فصارت كالكبيرة ، إذ الكلام في التي تعقل الإسلام والردة على ما يأتيك .

وإذا كان بأحد الزوجين عيب فلا خيار للآخر (م) إلا في الحب والعنة والخصى .

فصل

(وإذا كان بأحد الزوجين عيب فلا خيار للآخر إلا في الحب والعنة والخصى)
أما عيوب المرأة فإجماع أصحابنا ، لأن المستحق هو التمكن وإنه موجود ، والاستيفاء من الثمرات واختلاله بالعيوب لا يوجب الفسخ ، لأن الفوات بالموت لا يوجب فهذا أولى . وأما عيوب الرجل وهي الجنون والجذام والبرص فكذلك . وقال محمد : لها الخيار لأنه لا ينتظم بينهما المصالح فيثبت لها الخيار دفعا للضرر عنها بخلاف الزوج لأنه يقدر على دفعه بالطلاق وصار كالجب والعنة . ولهما أن الخيار يبطل حق الزوج فلا يثبت ، وإنما ثبت في الحب والعنة لإخلالهما بالمقصود من النكاح ، والعيوب لا تخل به . والعين الذي لا يصل إلى النساء ، أو يصل إلى الثيب دون الأبكار ، أو يصل إلى غير زوجته ولا يصل إليها ، وتكون العنة لمرض أو ضعف أو كبر سن ، أو من أخذ بسحر ؛ فإذا كان الزوج عينا وخاصمته المرأة في ذلك أجله القاضى سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إن طلبت المرأة ذلك ، لأن لها حقا في الوطء فلها المطالبة به ، ويجوز أن يكون ذلك لمرض ، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فجعلت السنة معرفة لذلك لاشتمالها على الفصول الأربعة ؛ فإن كان المرض من برودة أزاله حر الصيف ، وإن كان من رطوبة أزاله يبس الخريف ، وإن كان من حرارة أزاله برد الشتاء ، وإن كان من يبس أزاله رطوبة الربيع على ما عليه العادة ، وروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضى الله عنهم ، فإذا مضت السنة ولم يصل إليها علم أنه لآفة أصلية فتخير ، فإن اختارت نفسها قال أبو يوسف ومحمد : بانت ، وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أى حنيفة لاتين إلا بتفريق القاضى ، وهو المشهور من مذهبه . لهما أن الشرع خيرها عند تمام الحول دفعا للضرر عنها فلا يحتاج إلى تفريق القاضى كما إذا خيرها الزوج . وله أن النكاح عقد لازم وملك الزوج فيه معصوم فلا يزول إلا بأذنه دفعا للضرر عنه ، لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان وقد عجز عن الأول بالعنة ولا يمكن القاضى النيابة فيه فوجب عليه التسريح بالإحسان . فإذا امتنع عنه ناب القاضى منابه ، لأنه نصب لدفع الظلم فلا تبين بدون تفريق القاضى ، فإذا فرق يصير كأنه طلقها بنفسه فتكون تطليقة بائنة ليحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها . ويشترط طلبها لأن الفرقة حقها ؛ والمراد السنة القمرية لأنها المراد عند الإطلاق . وروى ابن سماعة عن محمد أنها سنة شمسية وتعتبر بالأيام ، وتزيد على القمرية أحد عشر يوما ، ويحسب منها أيام الحيض وشهر رمضان ، لأن السنة لا تخلو

فصل

وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَ نِسَائِهِ فِي الْبَيْتُوتَةِ ، وَالْبِكْرِ وَالْثَيِّبِ وَالْجَدِيدَةِ
وَالْعَتِيقَةِ وَالْمُسْلِمَةِ وَالْكِتَابِيَّةِ سَوَاءً ،

عن ذلك ، وبحسب مرضه ومرضها إن كان نصف شهر ، وإن كان أكثر عوضه عنه .
وعن أبي يوسف إن حجت أو هربت أو غابت لم تحتسب تلك المدة من السنة ، وإن حجّ هو
أو هرب أو غاب احتسب عليه من السنة . والتأجيل إنما يكون بعد دعوى المرأة عند القاضي
فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت بطلاق حقها ، ولو خيرها
القاضي فقامت من مجلسها قبل أن تختار فلا خيار لها كالخيرة من زوجها ، فإن طلب العنين
أن يؤجله القاضي سنة أخرى لم يؤجله إلا برضاها ، فإن رضيت جاز ولها أن ترجع وتختار
قبل مضي السنة الأخرى ، فإذا فرق القاضي بينهما ثم تزوّجها فلا خيار لها لأنها رضيت
بالعنة ؛ ولو اختلفا في الوصول إليها ، فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر حق
التفريق ، ولأن الأصل السلامة والعيب عارض ، فإن حلف بطل حقها ، وإن نكل أجل
سنة كسائر الحقوق ، وإن كانت بكراً نظر لها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة ، وإن
قلن هي ثيب حلف على الوجه الذي بينا . والمحجوب وهو الذي قطع ذكره أصلاً فإنه يفرق
بينهما للحال لأنه لا فائدة في التأجيل ، والخصى كالعين لأن له آلة تنتصب ويجامع بها
غير أنه لا يجمل ، وهو الذي سلت أنثياه ، وإذا أجل سنة وادّعى الوصول إليها وأنكرت
فالحكم كما إذا اختلفا قبل التأجيل ، وإذا كان زوج الأمة عنيماً فالخيار للمولى كالعزل عند
أبي حنيفة ؛ وإذا كانت المرأة رتقاء فلا ولاية لها في الطلب ، إذ لاحق لها في الوطء ،
ولو وطئها الزوج مرة واحدة ثم عنّ أو جبّ فلا طلب لها ولا خيار .

فصل

(وعلى الرجل أن يعدل بين نسائه في البيتوتة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان له
امرأتان فال إلى إحدهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل » (والبكر والثيب والجديدة
والعتيقة والمسلمة والكتابية سواء) لإطلاق ما روينا ، ولأن ذلك من حقوق النكاح ولا
تفاوت بينهن فيها ، ولا يجب عليه التساوى بينهن في الوطء والمحبة . أما الوطء فلا أنه ينبغي
على النشاط ؛ وأما المحبة فلا أنها فعل القلب . وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يعدل
بين نسائه ويقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا توأخذني فيما لا أملك » يعني زيادة المحبة
لبعضهن . ثم إن شاء جعل الدور بينهن يوماً أو يومين أو أكثر ، وله الخيار في ذلك

وَاللَّحْرَةُ ضِعْفُ الْأَمَةِ ؛ وَمَنْ وَهَبَتْ نَصِيْبَهَا لِصَاحِبَتِهَا جَازَ وَلَهَا الرُّجُوعُ فِي ذَلِكَ ، وَيُسَافِرُ بِمَنْ شَاءَ ، وَالْقُرْعَةُ أُولَى .

كتاب الرضاع

وَحُكْمُ الرِّضَاعِ يَثْبُتُ بِقَلِيلِهِ (ف) وَكَثِيرِهِ .

لأن المستحقّ عليه التسوية ، وقد وجدت . قال (وللحرّة ضعف الأمّة) لما عرف أن الرقّ منصف كما في العدة وغيرها (ومن وهبت ناصيبها لصاحبها جاز) لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسوده بنت زمعة « اعتدي » فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة وأن تحشر مع نساءه يوم القيامة ففعل ، ولأنه حقها وقد أبطلته برضاها (ولها الرجوع في ذلك) لأنها وهبت حقاً لم يجب بعد ، وإن أقام عند الواحدة أياماً ياذن الأخرى جاز من غير مساواة ، لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام لما مرض استأذن نساءه أن يكون في بيت عائشة فأذن له ، فكان في بيتها حتى قبض عليه الصلاة والسلام . وفيه دليل على أن القسم يجب على الرجل وإن كان مريضاً ، ويؤمر الصائم بالنهار والقائم بالليل أن يبيت معها إذا طلبت . وعن أبي حنيفة يجعل لها يوماً من أربعة أيام ، وليس هذا بواجب لأنه يؤدي إلى فوات النوافل أصلاً على من له أربع من النساء ، ولكن يؤمر بإيفاء حقها من نفسه أحياناً ويصوم ويصلي ما أمكنه ؛ ولو أعطت زوجها مالا أو حطته ليزيد في قسمها لم يجز وترجع بما أعطته ، وكذا لو زادها الزوج في مهرها لتجعل يومها لغيرها ، والوجه فيه ما بينا . قال (ويسافر بمن شاء والقرعة أولى) لأنه لاحقّ لمنّ حال السفر حتى كان له أن لا يسافر بواحدة منهنّ أصلاً ويقرع بينهنّ تطييباً لقلوبهنّ ، وقد ورد ذلك عنه عليه الصلاة والسلام ؛ ومن سافر بها ليس عليه قضاء حقّ الباقيات لأنه كان متبرّعاً لاموفيا حقاً ، وإن ظلم بعضهنّ يوعظ ، فإن لم ينته يوجع عقوبة زجراً له عن الظلم .

كتاب الرضاع

وهو واجب لإحياء للولد لقوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - أي ليرضعن (وحكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره) لقوله سبحانه - وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - مطلقاً ، وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من غير فصل ، وقال عليه الصلاة والسلام « الرضاع ما ينبت اللحم وينشز العظم » وإنه يحصل بالقليل ، لأن اللبن متى وصل إلى جوف الصبيّ أنبت اللحم وأنشز العظم .

إِذَا وَجِدَ فِي مَدَّتِهِ وَهِيَ ثَلَاثُونَ (سَم) شَهْرًا ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ
مِنَ النَّسَبِ إِلَّا أُخْتُ ابْنِهِ وَأُمُّ أُخْتِهِ ؛ وَإِذَا أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً حَرُمَتْ
عَلَى زَوْجِهَا وَأَبْنَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ،

قال (إذا وجد في مدته وهي ثلاثون شهرا) وقالا : سنتان لقوله تعالى - والوالدات يرضعن
أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرضاعة - وقال تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون
شهرا - وأدنى مدّة الحمل ستة أشهر فبقي للفصال سنتان . ولأبي حنيفة الآية الثانية ، والتمسك
بها أن الله تعالى ذكر الحمل والفصال وضرب لهما مدة ثلاثين شهرا فتكون مدة لكل واحد
منهما ، كما إذا باعه عبدا وأمة إلى شهر ، فإن الشهر يكون أجلا لكل واحد منهما ،
وكذا لو باعه شيئا وأجره شيئا آخر صفقة واحدة إلى مدة معلومة كانت
المدة أجلا لكل واحد منهما ، فعلم أن الآية تقتضي أن يكون الثلاثون شهرا أجلا
لكل واحد من الحمل والفصال ، خرج الحمل عن ذلك فبقي الفصال على مقتضاه ، والآية
الأولى محمولة على مدة الاستحقاق حتى لا يكون للأم المبتوتة المطالبة بأجرة الرضاع بعد
الحولين فعملنا بالآية الأولى في نفي الوجوب الأجرة بعد الحولين ، وبالثانية في الحرمة إلى
ثلاثين شهرا أخذنا بالاحتياط فيهما . أو نقول : المراد الحمل على الأكف في الحجر حالة
الإرضاع ، لأن مدة الحمل غير مقدرة بثلاثين شهرا بالإجماع ، فإذا انقضت مدته لا اعتبار
بالرضاع بعده ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » والمراد حكمه وهل
يباح الإرضاع بعد المدة ؟ فيه خلاف ، والمحرم من الإرضاع ما وقع في المدة ، سواء فطم
أو لم يفظم . وقال الخصاص وهو رواية عن أبي حنيفة : إن استغنى بالقطام عن اللبن ثم
رضع في المدة لا تثبت الحرمة ، وإن لم يستغن تثبت . قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب) لما زوينا (إلا أخت ابنه وأمّ أخته) فإنها تحرم من النسب دون الرضاع ،
لأن في النسب لما وطئ أم ابنه فقد حرمت عليه بناتها ، وأم أخته موطوءة أبيه ولم يوجد
ذلك في الرضاع . قال (وإذا أرضعت المرأة صبية حرمت على زوجها وأبنائه وأبنائه)
فتكون المرضعة أم الرضيع وأولادها إخوته وأخواته من تقدم ومن تأخر ، فلا يجوز أن
يتزوج شيئا من ولدها وولد ولدها وإن سفلوا وآباؤها أجدادها وأمهاتها جداتها من قبل
الأم وإخوتها وأخواتها أحواله وخالاته ، ويكون زوجها الذي نزل منه اللبن أب المرضعة
وأولاده إخوتها وآباؤه وأمهاته أجدادها وجداتها من قبل الأب وإخوته وأخواته أعمامها
وعماتها لأتحلّ منكم أحد منهن كما في النسب ، قال عليه الصلاة والسلام لعائشة « ليلج
عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة » ولو ولدت من رجل وأرضعت ثم ييس اللبن ثم در
أرضعت به صبيا يجوز لذلك الصبي أن يتزوج بنت الزوج من غيرها ، وكذا لو لم تلد

وَإِذَا رَضَعَ صَبِيَّانِ مِنْ ثَدْيِ امْرَأَةٍ فَهُمَا أَخَوَانِ ، وَإِنْ اجْتَمَعَا عَلَى لَبَنِ شَاةٍ فَلَا رَضَاعَ بَيْنَهُمَا ؛ وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ كَالْمَاءِ وَالْدُهْنِ وَالنَّبِيذِ وَالْدَّوَاءِ وَلَبَنِ الْبَهَائِمِ فَالْحُكْمُ لِلْغَالِبِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اخْتَلَطَ بِجِنْسِهِ بِأَنْ اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ (م ز) ، وَإِنْ اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ فَلَا حُكْمَ لَهُ ، وَإِنْ غَلَبَ (س م) ،

منه قط فنزل لها لبن ، وكذا لبن البكر إذا لم تزوج إذا أرضعت به صبيًا حرم عليها لا غير ، ولو أرضعت صبية لا تحرم على ولد زوجها من غيرها ؛ ولا يحلّ للرضيع أن يزوج امرأة وطئها زوج المرضعة لأنها منكوحه الأب ، ولا للزوج أن يزوج امرأة وطئها الرضيع لأنها موطوءة الابن كما في النسب . قال (وإذا رضع صبيان من ثدي امرأة فهما أخوان) لأن أمهما واحدة ، فلو كانا بنتين لا يجوز لأحد الجمع بينهما ؛ وكذا لو كان لرجل زوجتان ولدتا منه ثم أرضعت كل واحدة صغيرة صار الرضيعان أخوين من أب (وإن اجتمعا على لبن شاة فلا رضاع بينهما) لأنه لم تثبت الحرمة بينه وبين الأم لانتقال إلى الأخ إذ هي الأصل لأن الحرمة تثبت في الأم ثم تتعدى . رجل طلق امرأته ولها لبن فزوّجت آخر وحبلت ونزل لها لبن فهو الأول ما لم تلد . وقال أبو يوسف : هو منهما إلا أن يعرف أنه من الثاني وإنه يعرف بالغلظ والرقّة . وقال محمد : هو منهما ما لم تضع فاذا وضعت فن الثاني لأنه من الأول بيقين ، واحتمل كونه من الثاني فيجعل منهما احتياطًا للمحرّمات ، وكذلك يقول أبو يوسف إلا إذا عرفنا أنه من الثاني فيجعل منه . وأبو حنيفة يقول : هو من الأول بيقين ، ووقع الشكّ في كونه من الثاني ، والشكّ لا يعارض اليقين ، فإذا ولدت بيقين أنه من الثاني ، ولا اعتبار بالغلظ والرقّة ، لأن ذلك يتغير بتغير الأحوال والأغذية . قال (وإذا اختلط اللبن بخلاف جنسه كالماء والدهن والنبيذ والدواء ولبن البهائم فالحكم للغالب) فإن غلب اللبن تثبت الحرمة ، وإلا فلا (وكذلك إن اختلط بجنسه بأن اختلط لبن امرأتين) وقال محمد وزفر : تثبت الحرمة بهما لأن الشيء لا يصير مستهلكًا بجنسه بل يتقوى به ، وكل واحد منهما سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم . ولنا أن منفعة المغلوب لا تظهر في مقابلة الغالب ، فإن قليل الماء إذا وقع في البحر لا يبقى لأجزائه منفعة لكثرة التفرّق ، وإذا فاتت المنفعة بسبب الغلبة بقي حكم الرضاع للكثير (وإن اختلط بالطعام فلا حكم له وإن غلب) وقالوا : إن غلب تعلق به التحريم ، والخلاف في غير المطبوخ . أما المطبوخ لا تثبت به الحرمة بالإجماع . لهما أن حكم المغلوب لا يظهر في مقابلة الغالب فصار الحكم للبن . وله أن الطعام يسلب قوة اللبن ، ولا يكتفى بالصبي بشربه ، والتغذي يحصل بالطعام إذ هو الأصل فكان اللبن تبعًا ، بخلاف الدواء لأنه يقوى اللبن ويزيد في قوته .

وَتَتَعَلَّقُ الْحُرْمَةُ بِلَبَنِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا ، وَكَذَلِكَ تَتَعَلَّقُ بِلَبَنِ الْبَكْرِ ،
وَلَا تَتَعَلَّقُ بِلَبَنِ الرَّجُلِ وَلَا بِالْإِحْتِقَانِ . وَتَتَعَلَّقُ بِالْإِسْتِعَاطِ وَالْإِيْجَارِ ، وَإِذَا
أَرْضَعَتْ امْرَأَتُهُ الْكَبِيرَةَ امْرَأَتَهُ الصَّغِيرَةَ حَرُمْتَ عَلَى الزَّوْجِ ، وَلَا مَهْرٌ لِلْكَبِيرَةِ
إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَيَرْجَعُ بِهِ عَلَى الْكَبِيرَةِ
إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ الْفُسَادَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي التَّعَمُّدِ مَعَ يَمِينِهَا .

(وتعلق الحرمة بلبن المرأة بعد موتها) لأنه سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم ، ومعنى
الغذاء لا يزول بالموت وصار كما إذا حلب منها حال حياتها (وكذلك تعلق بلبن البكر)
لما بينا (ولا تعلق بلبن الرجل) لو نزل له لأنه ليس بلبن حقيقة ، لأن اللبن لا يكون إلا
من يتصور منه الولادة كذا قالوا . قال (ولا بالاحتقان) لأنه لا يصل إلى المعدة فلا يحصل
به النشوء والنشوز وكذا إذا أقطر في إحليله أو أذنه أو جائفته أو أمة لما قلنا . وعن محمد
أن الاحتقان ثبت به الحرمة قياسا على فساد الصوم . والفرق أن الفساد في الصوم التغذى
أو التداوى وأنه حاصل بالاحتقان . أما الرضاع إنما يثبت بمعنى النشوء وأنه معدوم في الاحتقان .
قال (وتعلق بالاستعاط والإيجار) لأنه يصل إلى المعدة فيحصل به النشوء . امرأة أدخلت
حلمة ثديها في فم رضيع ، ولا يدري أدخل اللبن في أم لا لا يحرم النكاح ، وكذا
صبية أرضعها بعض أهل القرية ولا يدري من هو فزوجه رجل من أهل تلك القرية .
يجوز ، لأن إباحة النكاح أصل فلا يزول بالشك ، ويجب على النساء أن لا يرضعن كل
صبية من غير ضرورة ، فإن فعلن فليحفظنه أو يكتبنه احتياطا . قال (وإذا أرضعت امرأته
الكبيرة امرأته الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنهما صارتا أما وبنات ، الرضاع الطارىء على
النكاح كالمقارن في التحريم كحرمة المصاهرة لأنه لا بقاء للشيء مع المنافي (ولا مهر للكبيرة
إن كان قبل الدخول) لأن الفرقه جاءت من قبلها (وللصغيرة نصف المهر) لأن الفرقه
ليست من قبلها ، ولا اعتبار باختيارها لإرضاع لأنها مجبولة عليه طبعاً (ويرجع به على
الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد) لأنها مسببة للفرقه ، لأن إلقاء الثدي في فمها سبب
لوصول اللبن إلى جوفها ، والتسبب يشترط فيه التعدى كحافر البئر ، وإن لم تعتمد
الفساد فلا شيء عليها وإن علمت أنها زوجته لما بينا أنها مسببة ، والتعدى يثبت إذا
علمت أنها زوجته وقصدت وقوع الفرقه بينهما ، ولو لم تعلم بالنكاح فلا شيء عليها ،
وكذلك إن علمت بالنكاح لكن قصدت بالإرضاع دفع الجوع والهلاك عنها لأنها مأمورة
بذلك ، وكذلك لو علمت بالنكاح دون الفساد لا تكون متعدياً (والقول قولها في التعمد
مع يمينها) لأنها تنكر الضمان ، ولو أرضعت زوجة الأب امرأة ابنه تحرم عليه لأنها صارت

كتاب الطلاق

وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحْسَنُ ، وَحَسَنٌ ، وَبِدْعِيٌّ : فَأَحْسَنُهُ أَنْ يُطْلَقَهَا وَاحِدَةً فِي طَهْرٍ لِاجْتِمَاعِ فِيهِ ، وَيَتْرُكُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا .

أخته من الأب . تزوج صغيرتين فأرضعتهما معا أو متعاقبا حرمتا عليه ، وعليه لكل واحدة نصف المهر لأنها مجبورة على الإرضاع بحكم الطبع ، ويرجع على المرضعة إن تعمدت الفساد على الوجه الذى بينا ؛ وإن كنّ ثلاثا فأرضعتهن على التعاقب حرمت الأولى ، والثانية دون الثالثة لأنها لما صارت أختا لهما لم يبق الجمع فى النكاح ؛ وإن أرضعتهن معا ، بأن ألفت نديها فى فم اثنتين وكانت حلبت قبل ذلك فأوجرت الثالثة واتفق وصول اللبن إلىهن معا حرم من جميعا ، وعلى هذا تخرج جميع مسائل هذا الجنس ، والله أعلم

كتاب الطلاق

وهو فى اللغة : إزالة القيد والتخلية ، تقول : أطلقت لبللى وأطلقت أسيرى . وفى الشرع : إزالة النكاح الذى هو قيد معنى ، وهو قضية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وضرب من المعقول . أما الكتاب فلقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وقوله - الطلاق مرتان - والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي » وقال عليه الصلاة والسلام « أبغض المباحات إلى الله الطلاق » وعلى وقوعه انعقد الإجماع ، ولأن استباحة البضع ملك الزوج على الخصوص ؛ والمالك الصحيح القول يملك إزالة ملكه كما فى سائر الأملاك ، ولأن مصالح النكاح قد تنقلب مفسدة ، والتوافق بين الزوجين قد يصير تنافرا ، فالبقاء على النكاح حينئذ يشتمل على مفسدة من التباغض والعداوة والمقت وغير ذلك ، فشرع الطلاق دفعا لهذه المفسدة ، ومضى وقع لغير حاجة فهو مباح مبعوض لأنه قاطع للمصالح ، وإنما أبيحت الواحدة للحاجة وهو الخلاص على ماتقدم ، وفى الحديث « ما خلق الله تعالى مباحا أحب إليه من العتاق ، ولا خلق مباحا أبغض إليه من الطلاق » .

(وهو على ثلاثة أوجه : أحسن ، وحسن ، وبدعى . فأحسنه أن يطلقها واحدة فى طهر لاجتماع فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما روى عن إبراهيم النخعي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غيرها حتى تنقضى عدتها . وفى رواية : وكان ذلك أحسن عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثا فى ثلاثة أطهار ، ولأنه إذا جامعها لا يؤمن الحبل وهو لا يعلم به ، فإذا ظهر ندم فكان ما ذكرناه أبعد من الندم فكان أولى ، وفى التى لا تحيض لصغير أو كبير يطلقها أى وقت شاء لعدم

وَحَسَنُهُ : أَنْ يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ وَلَا جِمَاعَ فِيهَا وَالشَّهْرُ الْإِلَاسَةُ
وَالصَّغِيرَةُ وَالْحَامِلُ كَالْحَيِضَةِ ، وَيَجُوزُ طَلَقُهَا عَقِيبَ الْجِمَاعِ . وَالْبِدْعَةُ أَنْ
يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا أَوْ ثِنْتَيْنِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي طَهْرٍ لَارْجَعَةٍ فِيهِ ، أَوْ
يُطْلَقَهَا وَهِيَ حَائِضٌ فَيَقَعُ وَيَكُونُ عَاصِيًا ،

ما ذكرنا ، ولأنه أَيْبَحُ لِلْحَاجَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، وَالْحَاجَةُ تَنْدَفِعُ بِالْوَاحِدَةِ (وَحَسَنُهُ) طَلَاقُ
السَّنَةِ ، وَهُوَ (أَنْ يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ لِاجْمَاعِ فِيهَا) لَمَّا رَوَى « أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرِو
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : مَا هَكَذَا أَمْرُ رَبِّكَ
يَا ابْنَ عَمْرٍ ، إِنَّمَا أَمْرُكَ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطَّهْرَ اسْتِقْبَالًا فَتُطْلَقَ لِكُلِّ طَهْرٍ تَطْلِيقَةٌ » وَفِي رِوَايَةٍ
قَالَ لِعَمْرِ « أَخْطَأَ ابْنُكَ السَّنَةَ مَرَّةً فَلِيرَاجِعْهَا ، فَإِنْ طَهَّرْتَ فَإِنْ شَاءَ طَلَقَهَا طَاهِرًا مِنْ غَيْرِ
جِمَاعٍ أَوْ حَامِلًا قَدْ اسْتَبَانَ حَمْلُهَا ، فَتَكُ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطْلَقَ لَهَا النِّسَاءُ » (وَالشَّهْرُ
لِلْأَيْسَةِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْحَامِلِ كَالْحَيِضَةِ) لِقِيَامِهِ مَقَامَهَا فِي الْعِدَّةِ بِنَصِّ الْكِتَابِ (وَيَجُوزُ
طَلَقُهَا عَقِيبَ الْجِمَاعِ) لَمَّا تَقَدَّمَ . وَأَمَّا الْحَامِلُ فَانْهَ زَمَانَ الرِّغْبَةِ فِي الْوُطْءِ لِكُونِهِ غَيْرِ
مَعْلُوقٍ ، وَيُطْلَقُ ثَلَاثًا لِلْسَّنَةِ يَفْصَلُ بَيْنَ كُلِّ تَطْلِيقَتَيْنِ بِشَهْرٍ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا تَطْلُقُ لِلْسَّنَةِ
إِلَّا وَاحِدَةً ، لِأَنَّ الشَّهْرَ إِنَّمَا قَامَ مَقَامَ الْحَيِضَةِ فِي الصَّغِيرَةِ وَالْأَيْسَةِ ، وَالْحَامِلُ لَيْسَتْ
فِي مَعْنَاهُمَا لِأَنَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ فَصَارَتْ كَالْمَمْتَدِّ طَهْرًا . وَلَهُمَا أَنَّ الشَّهْرَ دَلِيلُ الْحَاجَةِ
لِأَنَّهُ زَمَانٌ تَجِدُّدُ الرِّغْبَةِ عَلَى مَا عَلَيْهِ الطَّبَاعُ السَّلِيمَةُ فَصَارَتْ فِي مَعْنَى الْإَيْسَةِ ، وَالْإِبَاحَةُ بِقَدْرِ
الْحَاجَةِ فَصَلَحَ الشَّهْرُ دَلِيلًا ، مُخْلَافًا الْمَمْتَدَّ طَهْرًا ، لِأَنَّ دَلِيلَ تَجْدُدِ الرِّغْبَةِ الطَّهْرُ وَهُوَ
مَرْجُوعٌ فِي حَقِّهَا دُونَ الْحَامِلِ فَافْتَرَقَا . وَطَلَاقُ السَّنَةِ فِي الْعَدَدِ وَالْوَقْتُ عَلَى مَا بَيْنَا ؛
وَالسَّنَةُ فِي الْعَدَدِ يَسْتَوِي هُمَا الْمَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا وَالصَّغِيرَةُ وَالْأَيْسَةُ ، وَالْحَامِلُ
وَالْحَائِلُ لَمَّا بَيْنَا أَنَّهَا شَرَعَتْ لِلْحَاجَةِ وَالْكَلِّ فِيهِ سَوَاءٌ ؛ وَالسَّنَةُ فِي الْوَقْتِ تَخْتَصُّ بِالْمَدْخُولِ
بِهَا لِأَنَّ طَهْرًا لِاجْمَاعِ فِيهِ لَا يَتَصَوَّرُ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا ، وَلِأَنَّ الْمَحْظُورَ هُوَ تَطْوِيلُ الْعِدَّةِ
لَوْ وَقَعَ فِي الْحَيْضِ فَإِنَّهَا لَا تَحْتَسِبُ مِنَ الْعِدَّةِ ، وَلَا عِدَّةٌ عَلَى غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا (وَالبِدْعَةُ أَنْ
يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا أَوْ ثِنْتَيْنِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، أَوْ فِي طَهْرٍ لَارْجَعَةٍ فِيهِ ، أَوْ يُطْلَقَهَا وَهِيَ حَائِضٌ
فَيَقَعُ وَيَكُونُ عَاصِيًا) أَمَّا الثَّلَاثُ وَالثَّنَتَيْنِ فَلَمَّا بَيْنَا أَنَّهُ خِلَافُ السَّنَةِ وَالْمَشْرُوعِيَّةُ لِلْحَاجَةِ
وَهِيَ تَنْدَفِعُ بِالْوَاحِدَةِ . وَأَمَّا حَالَةُ الْحَيْضِ فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍ
« قَدْ أَخْطَأَ السَّنَةَ » وَأَمَّا الْوُقُوعُ فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَمْرِ « مَرَّ ابْنُكَ فَلِيرَاجِعْهَا »
وَكَانَ طَلَقُهَا حَالَةَ الْحَيْضِ ، وَلَوْلَا الْوُقُوعُ لَمَّا رَاجِعَهَا . وَكَذَلِكَ رَوَى أَنَّ ابْنَ عَمْرٍ قَالَ
لِلنَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « أَرَأَيْتَ لَوْ طَلَقْتُهَا ثَلَاثًا أَكَانَتْ تَحِلُّ لِي ؟ » قَالَ لَا وَيَكُونُ
مَعْصِيَةً « وَرَوَى أَنَّ بَعْضَ أَبْنَاءِ عِبَادَةِ بْنِ الصَّامِتِ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَلْفًا ، فَذَكَرَ عِبَادَةُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ
عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، فَقَالَ « بَانَ ثَلَاثٌ فِي مَعْصِيَةٍ ، وَتَسْعِمَاتَةٌ وَسَبْعٌ وَتَسْعُونَ فِيهَا لَا يَمْلِكُ »

وطلاقٌ غير المدخولِ بها حالة الحيض ليسَ ببدعيٍّ ، وإذا طلقَ امرأتهُ حالة الحيض فعليه أن يرأجِعها ، فإذا طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وإذا قال لامرأته المدخولِ بها : أنت طالق ثلاثاً للسنة وقعَ عند كل طهرٍ تطليقةٌ ، وإن نوى وقوعهن الساعة وقعن (ز) ؛ وطلاقُ الحرّة ثلاثٌ ، والأمة ثنتان ، ولا اعتبار بالرجل في عدد الطلاق ؛

ولقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع » الحديث . وأما كونه عاصياً فلمخالفة السنة وإجماع الصحابة ، وقوله : في طهر لارجعة فيه إشارة إلى مذهب أبي حنيفة ، وهو أنه لو طلقها في طهر لم يجامعها فيه فراجعها ثم طلقها لا يكره فيه ، وهو قول زفر ، وعندهما يكره ؛ وعلى هذا لو طلقها في الحيض ثم راجعها فطهرت فطلقها ؛ وكذا لو مسها بشهوة ثم قال لها : أنت طالق ثلاثاً للسنة وقعن للحال عنده ، لأن الأولى وقعت فصار مراجعاً بالمس بشهوة فوقعت أخرى ، ثم صار مراجعاً فوقعت الثالثة ؛ والشهر الواحد في حق الأيسة والصغيرة على الخلاف . فالخاصل أن الرجعة فاصلة بين الطلاقين عنده ، والنكاح فاصل بالإجماع . لهما أن بالطلاق في الطهر خرج من أن يكون وقتاً لطلاق السنة ، ولهذا لو أوقعه قبل الرجعة يكره . وله أن بالمراجعة ارتفع حكم الطلاق الأول فصار كأن لم يكن ، فإذا ارتفع لا يصير جامعاً والكراهة باعتباره ، ولأنها عادت إلى الحالة الأولى بسبب من جهته فصار كما لو أبانها في الطهر ثم تزوجها . قال (وطلاق غير المدخول بها حالة الحيض ليس ببدعيٍّ) لما مر . قال (وإذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يرأجعها) لورود الأمر به في حديث ابن عمر رضي الله عنه على ما تقدم ، ولما فيه من رفع الفعل الحرام برفع أثره (فإذا طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما . قال (وإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ثلاثاً للسنة وقع عند كل طهر تطليقة) لأن معناه لوقت السنة ، ووقتها طهر لإجماع فيه لما مر (وإن نوى وقوعهن الساعة وقعن) خلافاً لزفر لأن الجمع بدعة فلا يكون سنة . ولنا أنه سنى وقوعاً لا إيقاعاً ، لأننا إنما عرفنا وقوع الثلاث جملة بالسنة فكان محتمل كلامه فينتظمه عند النية دون الإطلاق . قال (وطلاق الحرّة ثلاث ، والأمة ثنتان ، ولا اعتبار بالرجل في عدد الطلاق) لقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - أي لأطهار عدتهن فتكون الطلاقات على عدد الأطهار ؛ وأطهار الحرّة في العدة ثلاثة والأمة ثنتان ، فيكون التطليق كذلك ، ولأن الحرّ لو ملك على الأمة ثلاثاً لملك تفريقهن على أوقات السنة ولا يملك بالإجماع ، وقال عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان ، وعدتها حيضتان » وأما قوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » فعنا وجود الطلاق أو وقوع الطلاق بالرجال ، كما أن العدة

وَمَنْ مَلَكَ امْرَأَتَهُ أَوْ شَقِصًا مِنْهَا أَوْ مَلَكَتَهُ أَوْ شَقِصًا مِنْهُ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا .

وَصَرِيحُ الطَّلَاقِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَهُوَ نَوْعَانِ : أَحَدُهُمَا أَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَقْتُكَ . وَالثَّانِي أَنْتِ الطَّلَاقُ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقُ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَا ، فَالْأَوَّلُ تَقَعُ بِهِ طَلَقَةٌ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَا تَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثِ . وَالثَّانِي تَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَتَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ دُونَ الثَّنَتَيْنِ (ز) ، وَلَوْ نَوَى يَقُولُهُ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، وَيَقُولُهُ طَلَا أُخْرَى وَقَعَتَا ،

قال (ومن ملك امرأته أو شقصا منها ، أو ملكته أو شقصا منه وقعت الفرقة بينهما) لأن المسالكية تمنع ابتداء النكاح لما سبق في النكاح فتمنعه بقاء كالحرمية والمصاهرة والرضاع .

فصل

(وصريح الطلاق لا يحتاج إلى نية) لأنه موضوع له شرعا فكان حقيقة ، والحقيقة لا تحتاج إلى نية ، ويعقب الرجعة لقوله تعالى - وبعولتهن أحقّ بردهن - ولو نوى الإبانة فهو رجعي لأنه نوى ضدّ ما وضع له شرعا (وهو نوعان : أحدهما أَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَقْتُكَ . والثاني أَنْتِ الطَّلَاقُ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقُ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَا . فَالْأَوَّلُ تَقَعُ بِهِ طَلَقَةٌ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ وَلَا تَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثِ) لأنه نعت فرد يقال للواحدة طَالِقٌ وَلِلثَّنَتَيْنِ طَالِقَانِ وَالثَّلَاثُ طَوَالِقٌ ، وَنَعْتُ الْفَرْدِ لَا يَحْتَمِلُ الْعِدَدَ لِأَنَّهُ ضِدَّةٌ ؛ وَلِئِنْ قَالَ قَائِلٌ : ذَكَرَ الطَّالِقُ ذَكَرَ لِلطَّلَاقِ حَتَّى صَحَّ ذَكَرَ الْعِدَدَ تَفْسِيرًا لَهُ وَأَنَّهُ دَلِيلُ الْمَصْدَرِيَّةِ وَالْمَصْدَرِ يَحْتَمِلُ الثَّلَاثَ . قُلْنَا هُوَ ذَكَرَ لَطَّلَاقٍ تَتَصِفُ بِهِ الْمَرْأَةُ ، وَالْعِدَدُ الْمَذْكُورُ بَعْدَهُ نَعْتُ لِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ تَقْدِيرُهُ طَلَا قَا ثَلَاثًا كَقَوْلِهِمْ ضَرَبْتَهُ وَجِيعًا وَأَعْطَيْتُهُ جَزِيلًا . (و) النِّوعُ (الثَّانِي تَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَتَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ دُونَ الثَّنَتَيْنِ) لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْمَصْدَرُ وَهُوَ يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ وَيَحْتَمِلُ الْأَدْنَى ، فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَحْمِلُ عَلَى الْوَاحِدَةِ لِأَنَّهُ مُتَبَقِّنٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ وَقَعَنَ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامُهُ ، وَإِنَّمَا لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ لِأَنَّهُمَا جِنْسُ الطَّلَاقِ لِأَمْنِ حَيْثُ الْعِدَدِيَّةُ حَتَّى لَوْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ أُمَةً صَحَّتْ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ مِنْ حَيْثُ الْجِنْسِيَّةُ . وَقَالَ زَفَرٌ : تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ لِأَنَّهُمَا بَعْضُ الثَّلَاثِ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا (وَلَوْ نَوَى يَقُولُهُ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، وَبِقَوْلِهِ طَلَا قَا أُخْرَى وَقَعَتَا) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ اللَّفْظَيْنِ يَحْتَمِلُ الْإِيقَاعَ فَصَارَ كَقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَلَا قَا فَانْ يَقَعُ ثَنَانٌ كَذَا هَهُنَا ، وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقُ ، وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَقَالَ عَنَيْتُ بِهِ عَنْ وَثَاقٍ لَا يَصْدُقُ قَضَاءُ ، وَلَوْ قَالَ عَنْ ،

وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُمْلَتِهَا أَوْ مَا يُعْتَبَرُ بِهِ عَنِ الْجُمْلَةِ كَالرَّقَبَةِ وَالْوَجْهِ
وَالرُّوحِ وَالْجَسَدِ ، أَوْ إِلَى جُزْءٍ شَائِعٍ مِنْهَا وَقَعَ ، وَنِصْفُ الطَّلَاقِ تَطْلِيقَةٌ ،
وَكَذَلِكَ الثَّلَاثُ ، وَثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَتَيْنِ ثَلَاثٌ ، وَثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَةٌ
ثِنْتَانِ ،

العمل يدين أيضا ، ولو قال أنت طالق من وثاق أو من هذا القيد لم يقع شيء في القضاء ؛
ولو قال أنت طالق من هذا العمل وقع قضاء لاديانة ، ولو قال أنت طالق ثلاثا من هذا
العمل طلقت ثلاثا ، ولا يصدق قضاء أنه لم ينو الطلاق . قال (وإذا أضاف الطلاق إلى
جملتها أو ما يعبر به عن الجملة كالرقبة والوجه والروح والجسد ، أو إلى جزء شائع منها
وقع) لأنها محل الطلاق ، فإذا قال أنت طالق فقد أضاف الطلاق إلى محله فيصح ، وهذه
الأشياء يعبر بها عن جملة البدن قال تعالى - فتحرير رقبة - والمراد الجملة ، ويقال يا وجه
العرب ، وقال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الفروج على السروج » ويقال : أنا بخير
ماسلم رأسك وما بقيت روحك ويراد الجميع . والجسد عبارة عن الجميع وكذلك العنق .
قال تعالى - فظلت أعناقهم - وكذلك اللهم يقال دمه هدر ، وهذا على ما ذكر في الكفالة أنه
لو تكفل بدمه يصح ، وأشار في كتاب العنق أنه لا يقع لأنه قال : لو قال لعبد دمه حر
لا يعتق ، وفي الظهر والبطن روايتان ، وإنما يقع بالإضافة إلى هذه الأعضاء باعتبار أنه
يعبر بها عن جميع البدن لا بالإضافة إليها حتى لو قال الرأس منك طالق أو الوجه ، أو وضع
يده على الرأس أو العنق وقال هذا العضو طالق لا يقع . وأما الجزء الشائع كالثلاث والربع
فلأنه قابل لسائر التصرفات بيعا وإجارة وغيرها ، ولهذا يصح إضافة النكاح إليه فكذا
الطلاق ، لكن لا يتجزى في حكم الطلاق فيثبت في الكل ، ولو أضافه إلى اليد والرجل
ونحوهما مما لا يعبر به عن البدن لا يقع كالأصبع والشعر لأنه أضافه إلى غير محله فصار
كإضافته إلى الريق والظفر ، وهذا لأن الطلاق رفع القيد ولا قيد في هذه الأعضاء لأنه
لا يصح إضافة النكاح إليها ، بخلاف الجزء الشائع على ما بينا ، ولو تعارف قوم أن اليد
يعبر بها عن البدن عرفا ظاهرا يقع الطلاق . قال (ونصف الطلقة تطليقة وكذلك الثلاث)
فلو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ثلث تطليقة وقعت تطليقة ، لأن ذكر بعض
ما لا يتجزى كذكر كله ، وكذلك كل جزء شائع من التطليقة لما قلنا (وثلاثة أنصاف
تطليقتين ثلاث) لأن نصف التطليقتين واحدة فكأنه قال أنت طالق ثلاثا (وثلاثة أنصاف
تطليقة ثنتان) لأن ثلاثة أنصاف تطليقة ونصف وإنه لا يتجزى فيكمل النصف فيصير
تطليقتين ، وقيل ثلاث لأنه يكمل كل نصف فيكون ثلاثا ، ولو قال نصبي تطليقة فهي
واحدة كنصبي درهم يكون درهما ، ولو قال نصبي تطليقتين فثنتان كنصبي درهمن ،
ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث ؛ ولو قال

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ يَمَقُّعُ ثِنْتَانِ (سَم) وَإِلَى ثِنْتَيْنِ تَقَعُ وَاحِدَةً (سَم) ، وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً فِي ثِنْتَيْنِ وَقَعَتْ وَاحِدَةً ، وَثِنْتَيْنِ فِي ثِنْتَيْنِ اثْنَتَانِ وَإِنْ نَوَى الْحِسَابَ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ هُنَا إِلَى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ طَلَّقْتَ فِي الْحَالِ فِي جَمِيعِ الْبِلَادِ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا تَقَعُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ ، وَلَوْ نَوَى آخِرَ النَّهَارِ صَدَقَ دِيَانَةٌ ؛

نصف تطليقة وثلاثها وسدسها تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى تطليقة واحدة ، وفي الأولى أضاف كل جزء إلى تطليقة منكرا ، فاقضى كل جزء تطليقة على حدة ، فإن جاوز المجموع الأجزاء كقوله نصف تطليقة وثلاثها وربعها قيل واحدة ، وقيل ثنتان وهو المختار ، لأن الزيادة على الواحدة من تطليقة أخرى ، فكأنه أوقع واحدة وبعض أخرى فتتكمال ؛ ولو قال لنسائه وهن أربع : يبينكن تطليقة تقع على كل واحدة تطليقة ، لأن الواحدة إذا قسمت بينهن أصاب كل واحدة ربعها فتكمل ؛ وكذلك ثنتان أو ثلاث أو أربع ، لأن الثنتين إذا قسمت بينهما أصاب كل واحدة نصف ، ومن الثلاث ثلاثة أرباع فتكمل ، ومن الأربع كل واحدة واحدة ، ولا يقسم كل واحدة وحدها لأن القسمة في الجنس الذي لا يتفاوت يقع على جملة ؛ وإنما يقسم الآحاد إذا كان متفاوتا ، فإن نوى قسمة كل واحدة بانفرادها وقع كذلك لأنه شدد على نفسه ؛ ولو قال خمس طلقت كل واحدة ثنتين وكذلك إلى ثمانية ؛ ولو قال تسع تطليقات طلقت كل واحدة ثلاثا لما مر ؛ ولو قال فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها ، أو قال أشركت فلانة معها في الطلاق طلقنا ثلاثا ثلاثا ؛ ولو قال لأربع نسوة أنتن طوائق ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث يقع ثنتان ، وإلى ثنتين تقع واحدة) وقالوا : يقع في الأولى ثلاث ، وفي الثانية ثنتان وقد مرت في الإقرار (ولو قال واحدة في ثنتين وقعت واحدة ، وثنتين في ثنتين اثنتان ، وإن نوى الحساب) وقد مر في الإقرار أيضا . قال (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة رجعية) لأنه لم يزدها وصفا بقوله إلى الشام لأنها متى طلقت يقع في جميع الأماكن (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال في جميع البلاد) لما بينا ، وإن غنى به إذا أتيت مكة لم يصدق قضاء لأن الإضرار بخلاف الظاهر ، ولو قال : في دخولك مكة تعلق الطلاق بالدخول لأنه تعذر الظرفية والشرط قريب من الظرف فيحمل عليه . قال (ولو قال أنت طالق غدا تقع بطولوع الفجر) لأنه وصفها بالطالقية في جميع الغد فلمز أن تكون طالقا في جميعه ولا ذلك إلا بوقوعه في أول جزء منه (ولو نوى آخر النهار صدق ديانة) لا قضاء لأنه مخالف للظاهر ، إلا أنه يحتمله لأنه تخصيص فيصدق ديانة ،

وَلَوْ قَالَ : فِي غَدٍ صَحَّتْ قَضَاءٌ (سَم) أَيْضًا ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ غَدًا ،
أَوْ غَدًا الْيَوْمَ يُوْخَذُ بِأَوَّلِهِمَا ذِكْرًا ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكَ
فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطْلَقْكَ ، أَوْ مَتَى مَا لَمْ أُطْلَقْكَ
أَوْ مَتَى لَمْ أُطْلَقْكَ وَسَكَتَ طَلَّقْتَ ، وَإِنْ قَالَ : إِنْ لَمْ أُطْلَقْكَ ، أَوْ إِذَا
لَمْ (سَم) أُطْلَقْكَ ، أَوْ إِذَا مَا لَمْ (سَم) أُطْلَقْكَ لَمْ تَطْلُقِي حَتَّى تَمُوتِ ، وَلَوْ قَالَ
أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا مَا لَمْ أُطْلَقْكَ أَنْتِ طَالِقٌ فَهِيَ طَالِقٌ هَذِهِ الْوَاحِدَةَ ؛

(ولو قال في غد صحت قضاء أيضا) لأنه حقيقة كلامه لأن الظرف لا يوجب استيعاب
الظروف ، وإنما يتعين الجزء الأول عند عدم النية لعدم المراجعة ، وقالوا : هو والأول
سواء ، لأن المراد منهما الظرفية لأن نصب غدا على الظرفية فلا فرق . وجوابه أن قوله
غدا للاستيعاب ، ونظيره قوله لا أكلمك شهرا وفي الشهر ، ودهرا وفي الدهر ؛ وإذا كان
للاستيعاب فإذا نوى البعض فقد نوى التخصيص كما بينا ، وعلى هذا الخلاف أنت طالق
في رمضان ونوى آخره (ولو قال أنت طالق اليوم غدا ، أو غدا اليوم يؤخذ بأولهما ذكرا)
لأن قوله اليوم تنجيز فلا يتأخر ، وقوله غدا إضافة ، والتنجيز إبطال للإضافة فيلغو .
قال (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك فليس بشيء) وكذا أمس وقد تزوجها اليوم
لأنه أسند إلى حالة منافية لوقوع الطلاق فلا يقع كقوله قبل أن أخلق ، ولو كان تزوجها
أول من أمس وقع الساعة في الفصل الثاني لأنه أوقع الطلاق في ملكه فيقع (ولو قال أنت
طالق ما لم أطلقك ، أو متى ما لم أطلقك ، أو متى لم أطلقك وسكت طلقت) لوجود شرط
الوقوع بالسكوت ، وهو زمان خال عن التطليق ، لأن هذه الألفاظ للوقت ؛ أما متى
ومتى ما فحقيقة فيه ، وأما ما فانه يستعمل فيه ، قال تعالى - ما دمت حيا - أى وقت الحياة
(وإن قال إن لم أطلقك ، أو إذا لم أطلقك ، أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى تموت) لأن
هذه الألفاظ للشرط فكان الطلاق معلقا بعدم التعليق فلا يتحقق العدم إلا بالموت ، أما إن
فظاهر ، وأما إذا وإذا ما فكذلك عنده ، وقالوا : هما بمعنى متى ، قال تعالى - إذا السماء
انشقت - وأمثالها والمراد الوقت ، ولأبي حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضا ، قال :

* وإذا تصبك خصاصة فتحمل * جزم بها وهى دليل الشرطية ، وإذا استعملت
في الأمرين لا يقع الطلاق بالشك لاحتمال إرادة كل واحد منهما على الانفراد ، بخلاف
قوله طلق نفسك إذا شئت حيث لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس ويحمل على
الوقت لأنه لما احتملها وقد ملكها فلا يخرج الأمر من يدها بالشك (ولو قال أنت طالق
ثلاثا ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق هذه الواحدة) لأنه وجد شرط البر وهو عدم الوقت

وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ لَمْ يَقْعَ شَيْءٌ رَإْنُ نَوَى ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ أَوْ عَلَيْكَ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةً بَائِنَةً ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ هَكَذَا وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ ، وَبِالْوَاحِدَةَ وَاحِدَةً ، وَبِالْثَنَتَيْنِ ثِنْتَانِ ، وَالْمُعْتَبَرُ الْمَنْشُورَةُ ، وَإِنْ أَشَارَ بِظُهُورِهَا فَالْمُعْتَبَرُ الْمَضْمُومَةُ .

الخالى عن التطبيق (ولو قال أنا منك طالق لم يقع شيء وإن نوى ، ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق فواحدة بائنة) والفرق أن الطلاق لإزالة القيد ، والقيد قائم بالمرأة دون الرجل ، أو لإزالة الملك وهي المملوكة وهو المالك ؛ أما الإبانة فلقطع الوصلة والتحريم لرفع الحل والوصلة ، والحل مشترك بينهما فصح إضافتهما إليهما دون الطلاق (ولو قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث فثلاث ، وبالواحدة واحدة ، وبالثنتين ثنتان ، والمعتبر المنشورة) لأنها للإعلام بالعدد ، قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا وهكذا وخمس إبهامه » وأراد في النوبة الثالثة التسعة وعليه العرف ، ولو أراد المضمومتين أو الكف لم يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر (وإن أشار بظهورها فالمعتبر المضمومة) لأنه يريد إعلام العدد بقدر المضمومة رجوعاً إلى العادة بين الناس ؛ ولو قال أنت طالق ولم يقل هكذا وقعت واحدة ، لأنه لما لم يذكر العدد بقي مجرد قوله أنت طالق فتنقح واحدة ؛ ولو قال أنت طالق واحدة أو قال ثنتين أو قال ثلاثاً فماتت بعد قوله أنت طالق قبل ذكر العدد لم يقع شيء ، لأنه متى ذكر العدد فالواقع هو العدد ، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فمات الحل قبل الإيقاع فبطل ؛ وفي الفتاوى : إذا قال أنت طالق كذا كذا طلقت ثلاثاً ، لأنه إذا أقر بكذا كذا لزمه أحد عشر على ما عرف ، فكأنه قال أنت طالق أحد عشر ؛ ولو قال كذلك طلقت ثلاثاً كذلك هنا

فصل في وصف الطلاق

أصله أنه متى وصف الطلاق بوصف لا يوصف به ولا يحتمله وقع الطلاق وبطل الوصف كقوله أنت طالق طلاقاً لم يقع ، فانه يقع واحدة لأن الطلاق لم يوصف بذلك ، ومتى وقع الطلاق لا يرتفع ؛ وكذا إذا قال أنت طالق وأنا بالخيار ثلاثة أيام يقع ويبطل الشرط ، ومتى وصفه بوصف يوصف به ، فلا يخلو إما إن كان ينبي عن زيادة شدة وغلظة أولاً ، فإن كان لا ينبي عن ذلك فهو رجعي ، وإن كان ينبي فهو بائن ؛ مثال الأول : أنت طالق أفضل الطلاق أو أكمله أو أحسنه أو أعدله أو أسنّه أو خيرّه فانه تنقح واحدة رجعية ، لأنه لا يوصف لها ينبي عن الشدة ، والبينونة وصف شدة فلا يقع

وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ أَوْ أَخْبَثَهُ أَوْ أَشَدَّهُ أَوْ أَعْظَمَهُ أَوْ أَكْبَرَهُ أَوْ أَشْرَهُ أَوْ أَسْوَأَهُ أَوْ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ أَوْ الْبِدْعَةِ أَوْ كَالْجَبَلِ أَوْ مِلءَ الْبَيْتِ ، أَوْ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ طَوِيلَةً أَوْ عَرِيضَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ .

(و) مثال الثاني (لو قال : أنت طالق بائن أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أشده أو أعظمه أو أكبره أو أشره أو أسوأه أو طلاق الشيطان أو البدعة أو كالجبل أو ملء البيت ، أو تطلقه شديدة أو طويلة أو عريضة فهي واحدة بائنة) لأن هذه الأوصاف تنبئ عن الشدة ، والباين : هو الشديد الذي لا يقدر على رجعتها ، بخلاف الرجعي لأنه ليس بشديد عليه حتى يملك رجعتها بدون أمرها . قال (وإن نوى الثلاث فثلاث) لأن الشدة والبدعة وطلاق الشيطان يتنوع إلى نوعين : شدة ضعيفة وقوية ، فالضعيفة الواحدة البائنة ، فعند عدم النية يتصرف إليها للتيقن ؛ وإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعيه فيصدق ، وكذا لو قال أنت طالق كآلف لأنه يشبه بها في القوة . قال * وواحد كالألف إن أمر عني * ويشبه بها في العدد فأيهما نوى صح ، وعند عدمها يثبت الأقل لما مر . وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فالظاهر هو التشبيه في العدد . ثم عند أبي حنيفة ومحمد متى شبه الطلاق فهو بائن ، لأن التشبيه يقتضي زيادة الوصف وذلك بالينونة ، لأن عند عدم التشبيه يكون رجعيًا ، وعند أبي يوسف ، وقيل هو قول محمد إن ذكر العظم كان بائنا وإلا فلا ، وسواء كان المشبه به عظيمًا في نفسه أولا لأنه يحتمل التشبيه في نفس التوحيد ، فإذا ذكر العظم علمنا أنه أراد الزيادة . وعند زفر إن شبهه بما هو عظيم في نفسه كان بائنا وإلا فهو رجعي ، والخلاف يظهر في قوله : أنت طالق مثل رأس الإبرة ، مثل عظم رأس الإبرة ، مثل الجبل ، مثل عظم الجبل ، فعند أبي حنيفة هو بائن في الجميع ، وعند أبي يوسف هو بائن في الثانية والرابعة ، رجعي في الباقي ؛ وعند زفر هو بائن في الثالثة والرابعة ، رجعي في الباقي ؛ ولو قال أنت طالق مثل عدد كذا لشيء لاعدد له كالشمس والقمر فواحدة بائنة عند أبي حنيفة ، رجعية عند أبي يوسف ؛ ولو قال كالنجوم فواحدة عند محمد ، لأن معناه كالنجوم ضياء إلا أن ينوى العدد فثلاث ؛ ولو قال أنت طالق لاقيل ولا كثير يقع ثلاثا ؛ ولو قال لا كثير ولا قليل تقع واحدة فيثبت ضد ما نفاه أولا ، لأن بالنفي ثبت ضده فلا يرتفع ؛ ولو طلق امرأته واحدة رجعية ثم قال جعلتها بائنة أو ثلاثا يكون كذلك عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يصير بائنا لثلاثا لأن الواحدة لا تحتمل العدد وتحتمل التبديل إلى صفة أخرى . وقال محمد : لا يكون بائنا ولا ثلاثا لأنه إذا وقع بصفة لا يملك تغييره لأن تغيير الواقع لا يصح . ولأبي حنيفة أن الإبانة مملوكة له فيملك إثباتها بعد الإيقاع ويملك إسقاط العدد فيملك إلحاق الثنتين بالواحدة وضمهما إليها .

وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ثَلَاثًا وَقَعْنَ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ
وَطَالِقٌ ، أَوْ طَالِقٌ طَالِقٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ قَبْلَ وَاحِدَةٍ ،
أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ قَبْلَهَا
وَاحِدَةٌ ، أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ فَثِنْتَانِ ، وَلَوْ قَالَ : مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ
فَثِنْتَانِ أَيْضًا ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنَّ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ
فَدَخَلْتَ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ (سم) ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ إِنَّ
دَخَلْتَ الدَّارَ فَدَخَلْتَ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ :

فصل

(ومن طلق امرأته قبل الدخول ثلاثا وقعن) لأن قوله أنت طالق ثلاثا إيقاع لمصدر
محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة ، وليس قوله أنت طالق إيقاعا على حدة (ولو قال
أنت طالق وطالق ، أو طالق طالق ، أو واحدة وواحدة ، أو واحدة قبل واحدة ،
أو بعدها واحدة وقعت واحدة) لأنه ما لم يعلق الكلام بشرط أو يذكر في آخره ما يغير
صدره كان كل لفظ إيقاعا على حدة ، فيقع الأول وتبين لآلى عدة فتصادفها الثانية وهي
بائن فلا تقع . وأما القبلية والبعدية فالأصل فيها أنه متى ذكر حرف الظرف مقبونا بهاء
الكناية بين طلاقين كان الظرف صفة للمذكور آخرا ، وإن لم يقرنه بهاء الكناية فهو صفة
للمذكور أولا ، مثاله جاءني زيد قبله عمرو ، وجاءني زيد قبل عمرو ، فالقبلية في الأول
صفة لعمرو ، وفي الثاني صفة لزيد ، فقوله أنت طالق واحدة قبل واحدة ، فالقبلية صفة
للاولى ، والإيقاع في الماضي إيقاع للحال ، لأن الإخبارات لإنشاءات شرعا فوقع
الواحدة فبانت بها فلا يقع ما بعدها ، وقوله بعدها واحدة فالبعدية صفة للأخيرة وقد
حصلت الإبانة قبلها فلا يقع (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة ، أو بعد واحدة
فثنتان) لأن القبلية صفة للأخرى فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال ،
وقد بينا أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقرنان . وفي المسألة الثانية البعدية صفة
للاولى فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع أخرى قبلها فيقرنان (ولو قال مع واحدة
أو معها واحدة فثنتان أيضا) لأن كلمة مع للمقارنة (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت
طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت واحدة) وقال ثنتان (ولو قال أنت طالق واحدة
وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقعت ثنتان) بالإجماع . لهما أن حرف الواو للجمع
الملحق ، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، ولا فرق بينهما إذا أخر الجزاء

وَكِنَايَاتُ الطَّلَاقِ لَا يَقَعُ بِهَا إِلَّا بِنِيَّةٍ أَوْ بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، وَيَقَعُ بَائِنًا إِلَّا
اعْتَدَى وَاسْتَبْرَأَ رَحِمَكَ وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ فَيَقَعُ بِهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ .

أو قدمه لأنه تعليق بحرف الجمع . وله أن الشرط إذا تأخر بغير صدر الكلام فيتوقف عليه جميع
الكلام فتقع جملة ، أما إذا تقدم لا مغير له فلا يتوقف ، والجميع يحتمل الترتيب ويحتمل القران ،
فعلى تقدير احتمال الترتيب لا تقع إلا واحدة كما إذا صرح به فلا يقع الزائد عليه بالشك ؛
ولو عطف بحرف الفاء . قال الكرخي : هو على الخلاف ، وقال أبو الليث : تقع واحدة
بالإجماع لأن الفاء للتعقيب ، قالوا : وهو الأصح ، ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق
طالق إن دخلت الدار بانت بالأولى ولم تتعلق بالثانية ، وفي المدخول بها تقع واحدة للحال
وتتعلق الثانية بالدخول .

فصل

(وكنایات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال) لاحتمالها الطلاق وغيره لأنها
غير موضوعة له فلا يتعين إلا بالتعيين ، وهو أن ينويه أو تدل عليه الحال فتترجح إرادته .
قال (ويقع بائنا) لأنه يملك إيقاع البائن وأنه أحد نوعي البينونة فيملكه كالثلاث وقد
أوقعه بقوله أنت بائن أو أنت طالق بائن أو أبنتك بطلقة ونحو ذلك ، فإن هذه الألفاظ تدل
على البينونة بصريحها ومعناها ، فإن قوله بائن صريح ، وبنة وبنتة ينبئان عن القطع وذلك
في البائن دون الرجعي ، وكذا سائر الألفاظ إذا تأملت معناها . قال (إلا اعتدى واستبرأ
رحمك وأنت واحدة فيقع بها واحدة رجعية) لأن قوله اعتدى يحتمل اعتدى نعم الله تعالى ،
ويحتمل اعتدى عدة الطلاق فاذا نواها يصير كأنه قال طلقتك فاعتدى ، وذلك يوجب
الرجعة . وأما قوله استبرأ رحمك فلأنه يستعمل للعدة إذ هو المقصود منها ، ويحتمل
استبرأ لأطلقك ، فإن نوى الأول كان في معناه فيكون رجعيًا لما مر ، وقوله أنت واحدة
يصلح نعتًا لمصدر محذوف ويصلح وصفًا لها بالتوحيد عنده ، فاذا نوى الطلاق تعين الأول
ومثله جائز كقوله أعطيتك جزيلًا : أى عطاء جزيلًا ، وإذا احتمله فاذا نواه تعين مجملًا
فيصير كأنه قال أنت طالق بطلقة واحدة ، ولو قال ذلك كان رجعيًا فكذا هذا ، ولهذا قال
بعض أصحابنا : إذا أعرب الواحدة بالرفع لا يقع شيء وإن نوى لأنه صفة لشخصها ،
وإن أعرب بالنصب تقع واحدة من غير نية لأنه نعت مصدر محذوف ، وإن سكن
يحتاج إلى نيته ، وعامة المشايخ قالوا : الكل سواء ، لأن العامة لا يميزون بين ذلك ،
فلا يبنى حكم يرجع إليهم عليه ، ولا يقع بهذه الألفاظ الثلاثة إلا واحدة ، لأن قوله
أنت طالق مضمّر فيها أو مقتضى ، ولو أظهر لا يقع إلا واحدة لما بينا ، كذا هذا .

وَأَلْفَاظُ الْبَائِنِ قَوْلُهُ : أَنْتِ بَائِنٌ ، بَتَّةٌ ، بَتْلَةٌ ، حَرَامٌ ، حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ ، خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، الْحَقُّ بِأَهْلِكَ ، وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ ، سَرَّحْتُكَ ، فَارَقْتُكَ ، أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، تَقَنَّنَعِي ، اسْتِئْرِي ، أَنْتِ حُرَّةٌ ، اغْرُبِي ، اخْرِجِي ، ابْتِغِي الْأَزْوَاجَ ؛ وَيَصِحُّ فِيهَا نِيَّةُ الْوَاحِدَةِ وَالثَّلَاثِ ، وَلَوْ نَوَى الثَّانِيَيْنِ فَوَاحِدَةً ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسٍ عَلَيْهَا ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالْقِيَامِ ، وَيَتَبَدَّلُ الْمَجْلِسُ ،

قال (وألفاظ البائن قوله : أنت بائن ، بته ، بتلة ، حرام ، حبلك على غاربك ، خلية ، برية ، الحق بأهلك ، وهبتك لأهلك ، سرحتك ، فارقتك ، أمرك بيدك ، تقنعي ، استئري ، أنت حرة ، اغربي ، اخرجي ، ابتغي الأزواج ؛ ويصح فيها نية الواحدة والثلاث) لأن البينونة خفيفة وغليلة فأيهما نوى صح ، وإن نوى نفس الطلاق فواحدة لأنه الأدنى (ولو نوى الثنتين فواحدة) لأنهما عدد واللفظ لا يدل على العدد ، وفيه خلاف زفر وقد تقدم ، ولا يقع إلا بالنية أو في حال مذاكرة الطلاق لأنه دليل عليه فيقع في القضاء ولا يقع ديانة إلا بالنية ، وتقع واحدة لأنه أدنى . ثم هي ثلاثة أقسام : منها ما يصلح جوابا لاغير ، وهي ثلاثة : أمرك بيدك ، اختاري ، اعتدي . ومنها ما يصلح جوابا وردا لاغير وهي سبعة : اخرجي ، اذهبي ، اغربي ، قومي ، تقنعي ، استئري ، تخمري . ومنها ما يصلح جوابا وردا وشتيمة وهي خمسة : خلية ، برية ، بته ، بائن ، حرام . وعن أبي يوسف أنه ألحق بالقسم الأول خمسة أخرى : خلعت سبيلك ، سرحتك ، لأمك لي عليك ، لاسبيل لي عليك ، الحق بأهلك . والأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهي حالة الرضا ، وحالة مذاكرة طلاقها ، وحالة غضب . أما حالة الرضا فلا يقع الطلاق بشيء من ذلك إلا بالنية لمبا تقدم ، والقول قول الزوج في عدم النية لأنه لا يطلع غيره عليه والحال لا يدل عليه . وفي حال مذاكرة الطلاق يقع الطلاق قضاء ولا يصدق على عدمه إلا فيما يصلح جوابا وردا لأنه لا يحتمل الرد وهو الأدنى فيصدق فيه . وفي حالة الغضب يصدق إلا فيما يصلح جوابا لاغير ، لأنه يصلح للطلاق الذي يدل عليه الغضب فيجعل طلاقا . قال (ولو قال لها اختاري ينوي الطلاق فلها أن تطلق نفسها في مجلس علمها) فإن كانت حاضرة فبسماعها ، وإن كانت غائبة فبالإخبار لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولأنه ملكها فعل الاختيار ، والتليكات تقتضي جوابا في المجلس كالبيع والهبة ونحوهما (ويبطل خيارها بالقيام) لأنه دليل الإعراض (ويتبدل المجلس) حقيقة بالانتقال إلى مجلس آخر ، ومعنى بتبدل الأفعال فجلس الأكل غير مجلس القتال ، ومجلس القتال غير مجلس البيع والشراء ؛ ويبطل بتبدل المجلس . وإن كانت معذورة فان محمدا

فإذا اختارت نفسها فهي واحدة بائنة ، ولا يكون ثلاثا وإن نواها ، ولا بد من ذكر النفس أو ما يدل عليه في كلامه أو كلامها ،

رحمه الله قال : إذا أخذ الزوج بيدها وأقامها من المجلس بطل خيارها ، ولو كانت في صلاة مكتوبة أو وتر فآتمتها لا يبطل ، وكذا في التطوع إن تمت ركعتين لأنها ممنوعة عن قطعها ، وإن تمت أربعاً بطل لأن الزيادة على ركعتين في النفل كاللدخول في صلاة أخرى . وعن محمد في الأربع قبل الظهر لا يبطل وإن آتمتها أربعاً ، وهو الصحيح ، ولو كانت قائمة فقعدت فهي على خيارها لأنه دليل التروى ، فإن القعود أجمع للرأى ، وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت ، أو متكئة فقعدت ، لأنه انتقال من جلسة إلى جلسة وليس باعراض ، كما إذا تربعت بعد أن كانت محتبة . وقيل إذا كانت قاعدة فاتكأت بطل خيارها لأنه إظهار للهاون بالأمر فكان إعراضاً ، والأول أصح ، ولو كانت قاعدة فاضطجعت فعنه أبي يوسف روايتان ، وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها ، إلا أن تختار مع سكوت الزوج ، لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها ، فإذا سارت كان كمجلس آخر (فإذا اختارت نفسها فهي واحدة بائنة) لأن اختيارها نفسها يوجب اختصاصها بها دون غيرها وذلك بالبينونة (ولا يكون ثلاثا وإن نواها) لأن الاختيار لا يتنوع (ولا بد من ذكر النفس أو ما يدل عليه في كلامه أو كلامها) مثل أن يقول اختارى نفسك فتقول اخترت ، أو يقول لها اختارى فتقول اخترت نفسي لأن ذلك لحرف باجماع الصحابة ، وأنه المفسر من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم ، حتى لو قال لها اختارى ، فقالت اخترت فليس بشيء ، لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعا ، وإنما جعل بالسنة فيما إذا كان مفسرا ، فإذا لم يكن كذلك لا يقع به شيء ، ولأن قوله اختارى ، وقولها اخترت ليس له تخصيص بها فلا يقع الطلاق ، فإذا ذكرت النفس تخصص الاختيار لها فيقع . وقال في المحيط : ولا بد من ذكر النفس أو التولية أو الاختيار في أحد الكلامين لوقوع الطلاق ، أما ذكر النفس فلما ذكرنا ، وأما ذكر التولية فظاهر ، وأما الاختيار فلأن الهاء تنبئ عن التفرد ، واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى ، فصار مفسرا من جانبه . والقياس أن لا يقع بالتخير طلاق ، إن نوى ، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره ، ولأن قولها أنا أختار نفسي يحتمل الوعد فلا يكون جوابا مع الاحتمال . وجه الاستحسان إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولأن الشرع جعل هذا إيجابا وجوابا لما روى أنه لما نزل قوله تعالى - يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها - الآية ، « بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها ، فقال : إني أخبرك بشيء فما عليك ألا تجيبيني حتى تستأمرى أبويك ثم أخبرها بالآية ، فقالت : أفى هذا أستأمر

وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً ، أَوْ قَالَتْ
اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَهِيَ ثَلَاثٌ (سم) ، وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْتُ
نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيْقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ اخْتَارِي نَفْسَكَ
أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ بِتَطْلِيْقَةٍ ، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ
خَيَّرَهَا فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي لِأَبْلِ زَوْجِي لَا يَقَعُ ، وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي
أَوْ زَوْجِي لَا يَقَعُ ، وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلَّقْتُ ، وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ
كَالتَّخْيِيرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَمْرَكَ بِيَدِكَ وَتَوَى
الثَّلَاثَ صَحَّ ؛

أَبُو يَاسِرٍ يَارَسُولَ اللَّهِ ؟ لَا ، بَلْ اخْتَارَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَرَادَتْ بِذَلِكَ الْاِخْتِيَارَ لِلْحَالِ ، وَأَعَدَّةُ
رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَوَابًا وَإِيجَابًا ، وَلِأَنَّهُ لَهٗ أَنْ يَسْتَدِيمَ النِّكَاحَ وَلَهُ أَنْ يَفَارِقَهَا ،
فَلَهُ أَنْ يَقِيْمَهَا مَقَامَ نَفْسِهِ فِي ذَلِكَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ :
اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً ، أَوْ قَالَتْ : اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَهِيَ ثَلَاثٌ) وَلَا
يَحْتَاجُ إِلَى نِيَةِ الزَّوْجِ ، لِأَنَّهُ تَكَرَّرَ هَذَا الْكَلَامُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الطَّلَاقِ دُونَ غَيْرِهِ . أَمَّا قَوْلُهَا
اخْتِيَارَةً فَلِأَنَّهَا لِلْمَرَّةِ ، وَلَوْ صَرَحَتْ بِالْمَرَّةِ كَانَتْ ثَلَاثًا فَكَذَا هَذَا ، وَلِأَنَّهَا لِلتَّأْكِيدِ وَالتَّأْكِيدُ
بِوُقُوعِ الثَّلَاثِ . وَأَمَّا قَوْلُهَا الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَمُذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَا يَقَعُ
وَاحِدَةً ، لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ إِنْ كَانَ لَا يَفِيدُ التَّرْتِيبَ يَفِيدُ الْإِفْرَادَ
لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَيْهِ فَيَعْتَبَرُ فِيهِ . وَلَهُ أَنَّهَا إِنَّمَا تَنْصَرِّفُ فِيْمَا مَلَكَتَهُ ، إِذِ الْمَجْتَمِعُ فِي الْمَلِكِ كَالْمَجْتَمِعِ
فِي الْمَكَانِ ، وَذَلِكَ لَا يَحْتَمِلُ التَّرْتِيبَ ، فَإِنَّ الْقَوْمَ الْمَجْتَمِعِينَ فِي مَكَانٍ لَا يَقَالُ هَذَا أَوَّلٌ وَهَذَا
آخِرٌ ، وَيُقَالُ هَذَا جَاءَ أَوَّلًا وَهَذَا آخِرًا ، فَيَكُونُ التَّرْتِيبُ فِي مَجِيئِهِمَا لَا فِي ذَاتِهِمَا ، وَإِذَا
كَانَ كَذَلِكَ لَعَا قَوْلُهَا الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى فَبَقِيَ قَوْلُهَا اخْتَرْتُ ؛ وَلَوْ قَالَتْ اخْتَرْتُ وَسَكَتَتْ
وَقَعَتْ الثَّلَاثُ كَذَا هَذَا (وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيْقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ)
لِأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، لِأَنَّهُ هَذَا يَوْجِبُ الْانْطِلَاقَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ
(وَلَوْ قَالَ : اخْتَارِي نَفْسَكَ أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ بِتَطْلِيْقَةٍ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ)
لِأَنَّهُ ذَكَرَ الطَّلَاقَ يَعْقِبُ الرِّجْعَةَ ، وَضَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : طَلَّقِي نَفْسَكَ (وَلَوْ خَيَّرَهَا فَقَالَتْ :
اخْتَرْتُ نَفْسِي لِأَبْلِ زَوْجِي لَا يَقَعُ) لِأَنَّهُ لِلْإِضْرَابِ عَنِ الْأَوَّلِ فَلَا يَقَعُ (وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي
أَوْ زَوْجِي لَا يَقَعُ) لِأَنَّهُ أَوْ لِلشَّكِّ فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِالشَّكِّ ، وَخَرَجَ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا لِأَشْغَالِهَا
بِشَيْءٍ آخَرَ (وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلَّقْتُ) وَلَا يَصِحُّ الْعُطْفُ (وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ
كَالتَّخْيِيرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ) عَلَى مَا ذَكَرْنَا (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَمْرَكَ بِيَدِكَ وَتَوَى الثَّلَاثُ
صَحَّ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَالْخُصُوصَ ، وَالْاِخْتِيَارَ لَا يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ ، فَإِنَّ الْأَمْرَ بِالْيَدِ

وَلَوْ قَالَتْ فِي جَوَابِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ : اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ ، وَلَوْ
قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا يَقَعُ ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ
فَلَهَا أَنْ تَطْلُقَ فِي الْمَجْلِسِ وَتَقَعُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ
عَنْهُ ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعَنَ ، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ
الثَّانِيَيْنِ (ز) إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَمَةً فَيَصِحُّ ، وَلَوْ كَانَتْ حُرَّةً وَقَدْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً
لَا يَصِحُّ نِيَّةُ الثَّانِيَيْنِ . وَلَوْ قَالَتْ : أَبْنَتُ نَفْسِي طَلَّقْتُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ،
وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، فَقَالَتْ : أَنْتَ عَلَى حَرَامٍ ، أَوْ أَنْتَ مِنِّي بَائِنٌ ،
أَوْ أَنَا عَلَيْكَ حَرَامٌ ، أَوْ أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ ، فَهُوَ جَوَابٌ وَطَلَّقَتْ ،

جاءني عن التعليل وضعا ، قال تعالى - والأمر يومئذ لله - والاختيار عرف تمليكاً شرعاً
لا وضعا ، والإجماع انعمد في الطلقة الواحدة لا غير ، فلهذا صحت نية الثلاث في الأمر باليد
دون التخيير (ولو قالت في جواب الأمر باليد : اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث)
لأنها صفة الاختيار ، لأن الاختيار تصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتخيير
فصار كما إذا قالت : اخترت نفسي مرة واحدة ، وبذلك يقع الثلاث (ولو قال لها :
أمرك بيدك فاختارت نفسها) قبل لا يقع ، والأصح أنه (يقع) ولو قال لها : إن دخلت
الدار فأمرك بيدك إن طلقت نفسها كما وقعت قدمها فيها طلقت ، وإن طلقت بعد ما شئت
خطوتين لم تطلق (ولو قال لها : طلق نفسك فلها أن تطلق في المجلس) لأن المرأة لا تكون
وكيلة في حق نفسها فكان تمليكاً (وتقع واحدة رجعية ، وليس له أن يرجع عنه) لأنه
تمليك فيه معنى التعليق ، لأنه علق الطلاق بتطليقها ، وكذا قوله أنت طالق إن شئت
أو أحببت أو هويت أو أردت أو رضيت ، لأن كله تعليق بفعل القلب فهو كالتخيير
(وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أَرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعَنَ) لأن معناه افعلی الطلاق وهو اسم
جنس فيتناول الأدنى مع الجميع كسائر أسماء الأجناس فتصح نية الثلاث وينصرف إلى
الأدنى عند عدمها على ما مر (ولا تصح نية الثنتين) لأنه عدد خلافاً لزفر وقد بيناه
(إلا أن تكون أمة فيصح) لأنه الجنس في حقها (ولو كانت حرة وقد طلقها واحدة لاتصح
نية الثنتين) لأنه ليس بجنس في حقها (ولو قالت : أبنت نفسي طلقت واحدة رجعية)
لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ، إلا أنها زادت فيها وصف الإبانة فيلغو ، كما إذا قالت
طلقت نفسي بائة . وعن أبي حنيفة : لا يقع شيء لأنها أتت بغير ما فوّض إليها ، ويتقيد
بالمجلس كما في الخيرة لأنه تمليك أيضاً (ولو قال لها : أمرك بيدك ، فقالت : أنت على
حرام ، أو أنت مني بائن ، أو أنا عليك حرام ، أو أنا منك بائن ، فهو جواب وطلقت)
لأن هذه الألفاظ تفيد الطلاق كما إذا قالت طلقت نفسي ، ولو قالت أنت مني طالق لم يقع

وَلَوْ قَالَتْ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ ، أَوْ أَنَا طَالِقٌ وَقَعَ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ
مَتَى شِئْتَ ، أَوْ مَتَى مَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا مَا شِئْتَ لَا يَتَّقِيْدُ
بِالْمَجْلِسِ ، وَلَوْ رَدَّتْهُ لَا يَرْتَدُّ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : طَلَّقِي امْرَأَتِي ، وَلَوْ
قَالَ لَهُ : إِنْ شِئْتَ اقْتَصِرَ عَلَى الْمَجْلِسِ (ز) ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ
كُلَّمَا شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تَفْرُقَ الثَّلَاثَ وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَجْمَعَهَا ؛ وَلَوْ قَالَ طَلَّقِي
نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقْتَ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً فَطَلَّقْتَ
ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ (س) ؛

شَيْءٌ (وَلَوْ قَالَتْ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ ، أَوْ أَنَا طَالِقٌ وَقَعَ) لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَوْصَفُ بِالطَّلَاقِ دُونَ
الرِّجَالِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ مَتَى شِئْتَ ، أَوْ مَتَى مَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا
مَا شِئْتَ لَا يَتَّقِيْدُ بِالْمَجْلِسِ) لِأَنَّهَا لِعُمُومِ الْأَوْقَاتِ كَأَنَّهُ قَالَ : فِي أَيْ وَقْتٍ شِئْتَ ، وَهَذَا
فِي مَتَى وَمَتَى مَا ظَاهَرَ ؛ وَأَمَّا إِذَا وَإِذَا مَا فَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِيهِ وَالْعُذْرُ عَنْهُ (وَلَوْ رَدَّتْهُ لَا يَرْتَدُّ)
لِأَنَّهُ مَلَكَهَا الطَّلَاقُ فِي أَيْ وَقْتٍ شَاءَتْ فَلَمْ يَكُنْ تَمْلِكُهَا قَبْلَ الْمَشِيئَةِ فَلَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ (وَكَذَا
لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : طَلَّقِي امْرَأَتِي) لَا يَتَّقِيْدُ بِالْمَجْلِسِ لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ (وَلَوْ قَالَ لَهُ : إِنْ شِئْتَ اقْتَصِرَ
عَلَى الْمَجْلِسِ) وَقَالَ زَفَرٌ : هُوَ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ كَمَا إِذَا سَكَتَ عَنِ الْمَشِيئَةِ . وَلَنَا أَنَّهُ
تَمْلِكُ حَيْثُ عُلِقَ بِالْمَشِيئَةِ ، وَالْمَالِكُ يَتَصَرَّفُ بِالْمَشِيئَةِ ، وَالتَّمْلِكُ يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ لَمَّا
عُرِفَ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ أَحْبَبْتَ ، فَقَالَتْ شِئْتُ وَقَعَ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ فَقَالَتْ
أَحْبَبْتُ لَا يَقَعُ ؛ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمَشِيئَةَ إِرَادَةٌ وَإِحْبَابٌ وَفِيهَا مَعْنَى الْحُبِّ وَزِيَادَةٌ فَقَدْ وَجَدَ الشَّرْطَ فِي
الْأَوَّلِ وَزِيَادَةٌ وَالْحُبُّ لَيْسَ فِيهَا إِجْبَابٌ فَلَمْ يَوْجَدْ فِي الْمَسْئَلَةِ الثَّانِيَةِ الْمَشِيئَةَ بِتِلْكَ الصِّفَةِ فَلَمْ يَوْجَدْ
الشَّرْطَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ كُلَّمَا شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تَفْرُقَ الثَّلَاثَ) لِأَنَّ كُلَّمَا تَقْتَضِي تَكَرُّارَ
الْفِعْلِ وَيَقْتَصِرُ عَلَى الْمَمْلُوكِ مِنَ الطَّلَاقِ فِي النِّكَاحِ الْقَائِمِ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ
آخَرَ لَا تَمْلِكُ التَّطْلِيقَ (وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَجْمَعَهَا) لِأَنَّهَا تَوْجِبُ عُمُومَ الْإِنْفِرَادِ لِاعُمُومِ الْجَمْعِ
وَقَالَ زَفَرٌ : لَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَمْلُوكِ فِي النِّكَاحِ حَتَّى كَانَ لَهَا أَنْ تَطْلُقَ نَفْسَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ
عَمَلًا بِحَقِيقَةِ كَلِمَةِ كُلَّمَا . وَلَنَا أَنَّهُ تَمْلِكُ فَلَا يَصِحُّ إِلَّا فِيهَا هُوَ فِي مَلِكِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ أَكْثَرَ
مِنَ الثَّلَاثِ ، وَعَلَى هَذَا الْإِبْلَاءِ إِذَا وَقَعَ بِهِ ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ لَا يَعُودُ الْإِبْلَاءُ
عِنْدَنَا ، وَعِنْدَهُ يَعُودُ (وَلَوْ قَالَ : طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقْتَ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهَا
أَوْقَعَتْ بَعْضُ مَا مَلَكَتْ (وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً فَطَلَّقْتَ ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ،
وَقَالَا : تَقَعُ وَاحِدَةٌ لِأَنَّهَا مَلَكَتِ الْوَاحِدَةَ ، وَقَدْ أَنْتَ بِالزِّيَادَةِ عَلَيْهَا فَتُلْغُو كَمَا إِذَا قَالَ لَهَا
أَنْتِ طَالِقٌ أَرْبَعًا . فَانْهَ يَقَعُ الثَّلَاثُ وَيُلْغُو الزَّائِدُ . وَلَهُ أَنَّ الْوَاحِدَةَ غَيْرَ الثَّلَاثِ لَفْظًا وَمَعْنَى
فَقَدْ أَنْتَ بِغَيْرِ مَا مَلَكَهَا فَكَانَ كَلَامًا مُبْتَدَأً فَلَا يَقَعُ ، بِخِلَافِ الزَّوْجِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الثَّلَاثَ

وَكَلَّوْا قَالَهُمَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ وَاحِدَةً أَمْلِكُ الرَّجْعَةَ ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً بَائِنَةً فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَكَلَّوْا قَالَتْ : وَاحِدَةً بَائِنَةً ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ رَجْعِيَّةً فَهِيَ بَائِنَةٌ ؛ وَكَلَّوْا قَالَهُمَا : أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتَ وَقَعْتَ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَإِنْ كَمْ تَشَاءُ فَإِنْ شَاءَتْ بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا وَقَدْ أَدَّ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعَ ، وَإِنْ اخْتَلَفْتَ مَشِيئَتَهَا وَإِرَادَتُهُ فَوَاحِدَةً (سم) رَجْعِيَّةً وَكَلَّوْا قَالَتْ : أَنْتِ طَالِقٌ مَا شِئْتَ أَوْ كَمْ شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ ؛ وَكَلَّوْا قَالَهُمَا طَلَّقِي نَفْسَكَ مِنْ ثَلَاثٍ مَا شِئْتَ فَلْيَنْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ ثَلَاثًا وَتُطَلِّقَ مَا دُونَهَا (سم) :

فيتصرف فيها بحكم الملك ، والزائد عليها لغو فبطل (ولو قال لها : طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة ، فقالت : طلقت نفسي واحدة بائنة فهي رجعية) لأنها أتت بالأصل فصيح ووقع ما أمرها به ثم أتت بزيادة وصف فيلغو إذ لا حاجة إليه (ولو قال : واحدة بائنة ، فقالت : طلقت رجعية فهي بائنة) لما قلنا (ولو قال لها : أنت طالق كيف شئت وقعت واحدة رجعية وإن لم تشأ ، فإن شاءت بائنة أو ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقع) للاتفاق بين إرادته ومشيتها (وإن اختلفت مشيتها وإرادته فواحدة رجعية) لأنها لما خالفته لغا تصرفها فبقي أصل الإيقاع . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يقع شيء ما لم توقع المرأة فثبثا ثلاثا أو واحدة رجعية أو بائنة والعنق على هذا الخلاف . لهما أنه فوّض إليها التطلاق على أي صفة شاءت فوجب أن يتعلق بمشيئتها أصل الطلاق حتى تملك ذلك قبل الدخول وبعده ، ولو وقع بمجرد إيقاعه لا يملك قبل الدخول . ولأبي حنيفة أن كيف للاستيفاف فتقتضي ثبوت أصل الطلاق ، ويكون التفويض إليها في الصفة عملا بحقيقة كلمة كيف (ولو قال : أنت طالق ما شئت أو كَمْ شئت فلها أن تطلق نفسها ما شاءت) لأنها يستعملان للعدد فقد فوّض إليها أي شيء شاءت من العدد (ولو قال لها : طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فليس لها أن تطلق ثلاثا وتطلق ما دونها) وقالوا : لها أن تطلق ثلاثا إن شاءت ، لأن ما للعموم ومن تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كقوله : كل من طعمني ما شئت . ولأبي حنيفة أن من حقيقة التبعيض ، وما للتعميم فيعمل بهما ، فجعلنا المفوض إليها بعض الثلاث ، لكن بعضا له عموم وهو ثنتان ، وإنما ترك التبعيض في النظر للدلالة الحال ، وهو إظهار السماحة والكرم ؛ ولو قال : إن شئت فأنت طالق إذا شئت ، فهما مشيتان : إحداها على المجلس ، والثانية مطلقة معلقة بالوقت ، فإن قامت بطلنا أما المؤقتة فلتوقها بالمجلس ، وأما المطلقة فلتعلقها بها ، وإن شاءت يصير كأنه قال لها في ذلك الوقت : أنت طالق إذا

شئت ، ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال لا ونوى الطلاق وقع ، ذكره في المحيط وقال هو الصحيح ؛ وكذا لو قالت : لست لى بزواج ، فقال الزوج : صدقت ونوى الطلاق ؛ وكذا قوله : لست لى بامرأة ، أو ما أنت لى بامرأة ، أو لست لك بزواج ، أو ما أنا لك بزواج ونوى الطلاق يقع ؛ وقالوا : لا يقع لأنه إخبار كذب فلا يقع وإن نوى . وله أنه يحتمل الطلاق بالإضرار تقديره : لست لى بامرأة لأنى طلقتك ، وإذا احتمل ذلك ونواه صحت نيته فيقع الطلاق ؛ ولو قال له آخر : هل امرأتك إلا طالق ؟ فقال الزوج : لا طلقنا ولو قال نعم لاتطلق ، لأن قوله نعم معناه نعم امرأتى غير طالق ، وقوله لا معناه ليس امرأتى إلا طالق ؛ ولو قال لامرأته : قولى أنا طالق لم تطلق حتى تقول لأنه أمر بالإنشاء ؛ ولو قال لغيره : قل لامرأتى إنها طالق طلقنا قال أو لم يقل ، لأنه أمره بالإخبار وأنه يستدعى سبق الخبر به ؛ ولو قال له آخر : إن لم تقض حتى اليوم فامرأتك طالق ، قال نعم وأراد جوابه انعقدت يمينه ، لأن الجواب يستدعى إعادة السؤال ، فكأنه قال : نعم امرأتى طالق إن لم أقض حقل ؛ ولو قال لها : اعتدى اعتدى وقال نويت واحدة صدق ديانة ويقع ثلاثا فى القضاء ؛ ولو قال : عنيت بالثانية العدة صدق قضاء ؛ ولو قال : نويت بالأولى طلاقا ولم أنو بالثانية والثالثة شيئا فهى ثلاث لأنهما فى حال مذاكرة الطلاق فتعين له .

ومن الكتابات الكتابة ، فإذا كتب طلاق امرأته فى كتاب أو لوح أو على حائط أو أرض لا يقع إلا بنية . وأصله أن الكتابة حروف منظومة تدل على معان مفهومة كالكلام ، وكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم قامت مقام قوله فى الدعاء إلى الإسلام حتى وجب على كل من بلغته ، فنقول : إذا كتب ما لا يستبين أو كتب فى الهواء فليس بشىء ، لأن ما لا يستبين فى الكتابة كالمجمعة (١) والكلام الغير المفهوم ، وإذا كتب ما يستبين فلا يخلو إما أن كان على وجه المخاطبة أولا ، فإن لم يكن على وجه المخاطبة مثل أن يكتب امرأته طالق فإنه يتوقف على النية ، لأن الكتابة تقوم مقام الكلام كالكتابة مع الصريح ، وإن كتب على وجه الخطاب والرسالة مثل أن يقول : يا فلانة أنت طالق ، أو إذا وصل إليك كتابى فأنت طالق ، فإنه يقع به الطلاق من غير نية ، ولا يصدق لأنه مانوى أنه ظاهر فيه ، ثم إن كان بغير تعليق وقع للحال كأنه قال لها أنت طالق ، وإن كان معلقا بأن كتب إذا جاءك كتابى فأنت طالق لا يقع حتى يصل إليها ، لأنه علق الوقوع بشرط فلا يقع قبله ، كما إذا علقه بدخول الدار ، فان وصل الكتاب إلى أبيها فزقه ولم يدفعه إليها إن كان هو المتصرف فى أمورها وقع الطلاق لأنه كالوصول إليها ، وإن لم يكن هو المتصرف فى أمورها لا يقع وإن أخبرها

(١) المجاج : الریق ، ومجمج الخط : خلطه وأفسده بالقلم وغيره اه مغرب .

وَالْفَاطَةُ الشَّرْطُ : إِنْ وَإِذَا وَإِذَا مَا وَمَتَى وَمَتَى مَا وَكُلُّ وَكُلُّمَا ، فَإِذَا عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقِيْبُهُ وَأَنْخَلَّتِ الْيَمِيْنُ وَأَنْسَهَتْ إِلَّا فِي كُلِّمَا ؛ وَلَا يَصِيْحُ التَّعْلِيْقُ إِلَّا أَنْ يَكُوْنَ الْحَالِفُ مَالِكًا كَقَوْلِهِ لَامْرَأَتِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ؛ أَوْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ : إِنْ كَلِمَتُ زَيْدًا فَأَنْتَ حُرٌّ ؛ أَوْ يُضِيْفُهُ إِلَى مِلْكٍ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكِ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلِّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ أَوْ كُلِّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . وَزَوَالُ الْمِلْكِ لَا يُبْطِلُ الْيَمِيْنَ ، فَإِنْ وَجِدَ الشَّرْطُ فِي مِلْكٍ انْخَلَّتْ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَإِنْ وَجِدَ فِي غَيْرِ مِلْكٍ انْخَلَّتْ وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛ وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ وَالْبَيِّنَةُ لِلْمَرْأَةِ ،

مَا لَمْ يَدْفَعْهُ إِلَيْهَا لِأَنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ قَالَ (١) (وَالْفَاطَةُ الشَّرْطُ : إِنْ وَإِذَا وَإِذَا مَا وَمَتَى وَمَتَى مَا وَكُلُّ وَكُلِّمَا) لِأَنَّهُا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ وَضَعًا . أَمَّا إِنْ فَشَرَطَ مُحَضٌّ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْوَقْتُ وَمَا وَرَاءَهَا فِيهَا مَعْنَى الْوَقْتُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ ؛ وَكَلِمَةُ كُلِّ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِأَنَّهُا يَلِيهَا الْاسْمُ ، وَالشَّرْطُ مَا يَلِيهِ الْفِعْلُ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْجُزْءُ وَهُوَ فِعْلٌ ، إِلَّا أَنَّهُ لَيَتَعَلَّقُ الْفِعْلُ بِالْاسْمِ الَّذِي يَلِيهَا الْخِيَالُ بِالشَّرْطِ مِثْلُ قَوْلِهِ : كُلِّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . قَالَ (فَإِذَا عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقِيْبُهُ وَأَنْخَلَّتِ الْيَمِيْنُ وَأَنْتَهَتْ) لِأَنَّ الْفِعْلَ إِذَا وَجِدَ ثُمَّ الشَّرْطُ فَلَا تَبْقَى الْيَمِيْنُ (إِلَّا فِي كُلِّمَا) فَانْهَى لِعُمُومِ الْأَفْعَالِ ، قَالَ تَعَالَى - كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ - الْآيَةُ ، وَإِذَا كَانَتْ لِلْعُمُومِ يَلْزِمُ التَّكَرُّارُ ضَرُورَةً حَتَّى تَقَعَ الثَّلَاثُ الْمَمْلُوكَاتُ فِي النِّكَاحِ الْقَائِمِ ، فَلَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَوَجِدَ الشَّرْطُ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ خِلَافًا لَزَفَرٍ لِمَقْتَضَى الْعُمُومِ . وَلَنَّا أَنَّهُ لِنَمَّا عَلَّقَ مَا يَمْلِكُهُ مِنَ الطَّلَاقَاتِ ، وَقَدْ أَنْهَى ذَلِكَ وَهُوَ الْجُزْءُ فَتَنْتَهَى الْيَمِيْنُ ضَرُورَةً . قَالَ (وَلَا يَصِحُّ التَّعْلِيْقُ إِلَّا أَنْ يَكُوْنَ الْحَالِفُ مَالِكًا كَقَوْلِهِ لَامْرَأَتِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ : إِنْ كَلِمَتُ زَيْدًا فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ يُضِيْفُهُ إِلَى مِلْكٍ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكِ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلِّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلِّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ) لِأَنَّهُ لَا بَدَّ أَنْ يَكُوْنَ الْجُزْءُ ظَاهِرًا لِيَكُوْنَ مَخُوفًا لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الْيَمِيْنِ وَهُوَ الْقُوَّةُ عَلَى الْمَنْعِ أَوْ الْحَمْلِ ، وَلَا ظَهْوَرُ لَهُ إِلَّا بِأَحَدٍ هَذَيْنِ . قَالَ (وَزَوَالُ الْمِلْكِ لَا يُبْطِلُ الْيَمِيْنَ) لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجِدِ الشَّرْطُ (فَإِنْ وَجِدَ الشَّرْطُ فِي مِلْكٍ انْخَلَّتْ) الْيَمِيْنُ (وَوَقَعَ الطَّلَاقُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ وَجِدَ وَالْمَحَلَّ قَابِلٌ لِلْجُزْءِ فَيَنْزِلُ وَيَنْتَهَى الْيَمِيْنُ لِمَا مَرَّ (وَإِنْ وَجِدَ فِي غَيْرِ مِلْكٍ انْخَلَّتْ) لَوْجُودِ الشَّرْطِ (وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِعَدَمِ قَبُولِ الْمَحَلِّ ؛ وَفِي كُلِّمَا لَا تَنْخَلُّ الْيَمِيْنُ بِوُجُودِ الشَّرْطِ حَتَّى يَقَعَ الثَّلَاثُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ) لِأَنَّهُ مَنْكَرٌ وَمَتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْعَدَمُ (وَالْبَيِّنَةُ لِلْمَرْأَةِ) لِأَنَّهُا مُدْعِيَةٌ مُثَبَّتَةٌ .

وَمَا لَا يَعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا ، كَقَوْلِهِ : إِنْ حَضَتْ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَفَلَانَةٌ ، فَقَالَتْ حَضْتُ طَلَّقْتَ هِيَ خَاصَّةٌ ، وَكَذَا التَّعْلِيقُ بِمَحَبَّتِهَا ، وَلَوْ قَالَ : إِنْ كُنْتُ تُحِبُّنِ أَنْ يُعَذِّبَكَ اللَّهُ بِنَارِ جَهَنَّمَ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَعَبْدِي حُرٌّ ، فَقَالَتْ أُحِبُّ طَلَّقْتَ وَلَمْ يَعْتِقِ الْعَبْدُ ، وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَلَدْتَ غُلَامًا فَأَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ وَلَدْتَ جَارِيَةً فَثْنَتَيْنِ فَوَلَدْتَهُمَا وَلَا يُدْرَى أَيُّهُمَا أَوَّلًا طَلَّقْتَ وَاحِدَةٌ ، وَفِي التَّنْزِهِ ثِنْتَيْنِ ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ جَامَعْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَأَوْبَلْجَهُ وَلَبِثَ سَاعَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَزَعَهُ ثُمَّ أَوْبَلْجَهُ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ ، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا تَحْصُلُ الْمُرَاجَعَةُ بِالْإِيلَاجِ الثَّانِي .

قال (وما لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها ، كقوله : إِنْ حَضَتْ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَفَلَانَةٌ ، فَقَالَتْ حَضْتُ طَلَّقْتَ هِيَ خَاصَّةٌ) والقياس أن لا تنطلق لأنه شرط كثيره من الشروط . وجه الاستحسان أنها أمانة في ذلك ولا يعرف إلا من جهتها ، وقد اعتبر الشرع قولها في ذلك في العدة والوطء ، فكذا هذا إلا أنه في حق ضررتها شهادة وهي متهمة فلا يقبل قولها وحدها . قال (وكذا التعليق بمحبتها) وهو أن يقول : إِنْ كُنْتُ تُحِبُّنِي فَأَنْتَ طَالِقٌ وَفَلَانَةٌ ، فَقَالَتْ أُحِبُّكَ طَلَّقْتَ وَحْدَهَا (ولو قال : إِنْ كُنْتُ تُحِبُّنِ أَنْ يُعَذِّبَكَ اللَّهُ بِنَارِ جَهَنَّمَ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَعَبْدِي حُرٌّ ، فَقَالَتْ أُحِبُّ طَلَّقْتَ وَلَمْ يَعْتِقِ الْعَبْدُ) لما ذكرنا ، ولا يتيقن كذبها لأنها قد تؤثر العذاب على محبته لبغضها إياه ؛ ولو قال لها : إِنْ كُنْتُ تُحِبُّنِي بَقَلْبِكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، فَقَالَتْ أُحِبُّكَ وَهِيَ كَاذِبَةٌ طَلَّقْتَ . وقال محمد : لا تنطلق لأن المحبة إذا علفت بالقلب يراد بها حقيقة الحب ولم يوجد . ولهما أن المحبة فعل القلب فيلغو ذكر القلب فصار كما إذا أطلق ، ولو أطلق تعلق بالإخبار عن المحبة كذا هذا . قال (ولو قال : إِنْ وَلَدْتَ غُلَامًا ، فَأَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ وَلَدْتَ جَارِيَةً فَثْنَتَيْنِ فَوَلَدْتَهُمَا وَلَا يُدْرَى أَيُّهُمَا أَوَّلًا طَلَّقْتَ وَاحِدَةٌ ، وَفِي التَّنْزِهِ ثِنْتَيْنِ) لأن الواحدة متيقنة وفي الثانية شك فلا يقع في القضاء ، والأحوط أن يأخذ بوقوع الثنتين وانقضت العدة بيقين ، لأن الطلاق وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالثاني . قال (ولو قال لها : إِنْ جَامَعْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَأَوْبَلْجَهُ وَلَبِثَ سَاعَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَزَعَهُ ثُمَّ أَوْبَلْجَهُ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ ، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا تَحْصُلُ الْمُرَاجَعَةُ بِالْإِيلَاجِ الثَّانِي) وعن أبي يوسف : أنه يجب المهر باللبث في الثلاث ويصير مراجعاً به في الواحدة لوجود الجماع بالدوام عليه ، إلا أنه لا يجب الحدة للاتحاد . ولهما أن الجماع إدخال الفرج ولا دوام للإدخال . أما إذا أخرج ثم أدخل

وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَوْ مَا شَاءَ اللَّهُ ، أَوْ مَا لَمْ يَشَأِ اللَّهُ ،
أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ لَا يَبْقَى شَيْءٌ إِنْ وَصَلَ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا
وَاحِدَةً طَلَّقْتَ ثِنْتَيْنِ ، وَلَوْ قَالَ : إِلَّا ثِنْتَيْنِ طَلَّقْتَ وَاحِدَةً ؛ وَلَا يَصِحُّ
اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ ، فَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا وَقَعَ الثَّلَاثُ
وَبَطُلَ الْاسْتِثْنَاءُ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ، وَثَلَاثًا إِلَّا أَرْبَعًا وَقَعَ ثَلَاثٌ ،
فَقَدْ وَجَدَ الْإِدْخَالَ بَعْدَ الطَّلَاقِ ، وَلَمْ يَجِبِ الْحَدَّ لَشَبْهِهَ الْإِتِّحَادَ مِنْ حَيْثُ الْمَجْلِسُ وَالْمَقْصُودُ ،
وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْحَدَّ لَمْ يَجِبِ الْعَقْرُ ، لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَخْلُو عَنْ أَحَدِهِمَا .

فصل

(ولو قال لها : أنت طالق إن شاء الله ، أو ما شاء الله ، أو ما لم يشأ الله ، أو إلا أن
يشاء الله لا يقع شيء إن وصل) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق
أو عتاق وقال إن شاء الله متصلا به لاحتمال عليه » ولأنه تعليق بشرط لا يعلم وجوده فلا يقع
بالشك ، إذ المعلق بالشرط عدم قبله ، وكذا إذا علقه بمشيئة من لا تعلم مشيئته من الخلق
كالملائكة والشيطان والجن ؛ ويصح الاستثناء موصولا لامفصولا لما روينا ، ولأنه إذا
سكت ثبت حكم الأول ، فيكون الاستثناء أو التعليق بعده رجوعا عنه فلا يقبل ، ولو سكت
قدر ما تنفس أو عطس أو تحشأ أو كان بلسانه ثقل فطال تردده ثم قال إن شاء الله صح
الاستثناء ، وإن تنفس باختياره بطل ؛ ولو حرك لسانه بالاستثناء صح عند الكرخي
وإن لم يكن مسموعا . وقال الهندواني : لا يصح ما لم يكن مسموعا ؛ ولو قال أنت طالق
فجري على لسانه إن شاء الله من غير قصد لا يقع كما لو قال أنت طالق فجري لسانه
أو غير طالق ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا ، وثلاثا إن شاء الله ، أو ثلاثا وواحدة إن شاء
الله بطل الاستثناء ، وقالا : هو صحيح ، وكذا لو قال لعبده : أنت حرّ وحرّ إن شاء الله ،
لأن الكلام واحد وإنما يتم بآخره وأنه متصل . ولأبي حنيفة أنه استثناء منقطع لأن قوله
وثلاثا أو واحدة أو حرّ لغو لا فائدة فيه فكان قاطعا ؛ ولو قال : أنت طالق واحدة وثلاثا
إن شاء الله صح بالإجماع ، وكذلك أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله لأنه لم يتخلل
بينهما كلام لغو (ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت ثنتين ، ولو قال : إلا
ثنتين طلقت واحدة) وأصله أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت لأنه بيان أنه أراد بما تكلم
ما وراء المستثنى (ولا يصح استثناء الكل من الكل ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا
وقع الثلاث وبطل الاستثناء ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا وقع ثلاث) .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً بَطَلَ الْإِسْتِثْنَاءُ ؛
وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ عَشْرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَلَوْ قَالَ إِلَّا
ثَمَانِيَةً فَثِنْتَانِ .

وَمَنْ أَبَانَ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ مَاتَ وَرِثَتْهُ إِنْ كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ ، وَإِنْ
انْقَضَتْ عِدَّتُهَا لَمْ تَرِثْ .

عند أبي حنيفة ، وعلى قياس قولهما تقع واحدة (١) بناء على ما تقدم (ولو قال : أنت
طالقي ثلاثاً إلا واحدة واحدة وبطل الاستثناء) لأنه استثنى الكل (ولو قال :
أنت طالقي عشرة إلا تسعة وقعت واحدة ، ولو قال : إلا ثمانية فثنتان) وأصله أنه إذا
أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى والكلام كله صحيح فالاستثناء عامل في جملة الكلام ولا
يكون مستثنياً من جملة الثلاث التي يصح وقوعها فيقع الاستثناء من جملة الكلام ويقع ما بقي
إن كان ثلاثاً أو أقل ، لأن الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم . والجملة المتلفظ بها جملة
واحدة فيدخل الاستثناء عليها فيسقط ما تضمنه الاستثناء ، وتقع بقية الجملة إن كان مما
يصح وقوعه ؛ ولو قال : أنت طالقي ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة وقعت واحدة لأنه يجعل
كل استثناء مما يليه ، فإذا استثنيت الواحدة من الثلاثة بقيت ثنتان ، وإذا استثنيتها من
الثلاث بقيت واحدة ، كأنه قال : أنت طالقي ثلاثاً إلا اثنتين ، فإن قال : أنت طالقي ثلاثاً
إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة تقع واحدة لأنه استثنى الواحدة من الثنتين فبقي واحدة
فيستثنى من الثلاث يبقى ثنتان يستثنى من الثلاث تبقى واحدة ، وكذا لو قال : عشرة
إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة تقع ثنتان لأنه استثنى السبعة من الثمانية تبقى واحدة ، ثم استثنى
للمواحدة من التسعة تبقى ثمانية ، ثم استثنى الثمانية من العشرة تبقى ثنتان ، وعلى هذا جميع
هذا النوع ، وتقريبه أن تعقد العدد الأول يمينك والثاني يسارك والثالث يمينك والرابع
يسارك ، ثم أسقط ما اجتمع في يسارك مما اجتمع يمينك فما بقي فهو الموقع .

فصل

(ومن أبان امرأته في مرضه ثم مات ورثته إن كانت في العدة ، وإن انقضت عدتها لم ترث) .

(١) قوله تقع واحدة ، الظاهر أن صوابه يقع ثنتان لا واحدة ، قال في رد المحتار
وفي الفتح عن المتقي : أنت طالقي ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً فهي ثلاث عنده لأنه يصير قوله
وثلاثاً فاصلاً لغوا ، وعندهما يقع ثنتان كأنه قال ستاً إلا أربعاً اهـ مصححه .

وَلَا بُأَنَّهُ بِأَمْرِهَا ، أَوْ جَاءَتِ الْفُرْقَةُ مِنْ جِهَتِهَا فِي مَرَضِهِ لَمْ تَرِثْ كَالْمُخْخِرَةِ
وَالْمُخْخِرَةِ بِسَبَبِ الْجَبِّ وَالْعُنَّةِ وَالْبُلُوغِ وَالْعِتْقِ ، وَلَوْ فَعَلْتَ مَا ذَكَرْنَا
مِنْ الْخِيَارَاتِ وَهِيَ مَرِيضَةٌ وَرَثَهَا إِذَا مَاتَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، وَمَرَضُ الْمَوْتِ
هُوَ الْمَرَضُ الَّذِي أَضْنَاهُ وَأَعْجَزَهُ عَنْ الْقِيَامِ بِمَحْوَايَجِهِ ، فَأَمَّا مَنْ يَجِيءُ
وَيَذْهَبُ بِمَحْوَايَجِهِ وَيُحْمُ فَلَا ؛ وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ بِفِعْلِهِ وَقَعَلَهُ
فِي الْمَرَضِ وَرَثَتْ ، وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلٍ أَجْنَبِيٍّ أَوْ بِمَجِيءِ الْوَقْتِ فِي الْمَرَضِ
مِثْلُ قَوْلِهِ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ

وأصله أن الزوجية في مرض الموت سبب يفضي إلى الإرث غالبا ، فباطاله يكون ضررا
بصاحبه ، فوجب رده دفعا لهذا الضرر في حق الإرث ما دامت في العدة كما في الطلاق
الرجعي وتعذر إبقاء الزوجية بعد انقضاء العدة لأنه لم يبق له أثر ولا حكم . قال (ولأن
أبانها بأمرها ، أو جاءت الفرقة من جهتها في مرضه لم ترث كالمخيرة ، والمخيرة بسبب الحب
والعنة والبلوغ والعق) لأننا إنما اعتبرنا قيام الزوجية مع المبتل نظرا لها ، فإذا رضيت
بالمبتل لم تبق مستحقة للنظر فعمل المبتل وهو الطلاق عمله (ولو فعلت ما ذكرنا من
الخيارات وهي مريضة ورثها إذا ماتت وهي في العدة) لأنها ممنوعة من إبطال حقه فبقينا
النكاح في حق الإرث دفعا للضرر عنه إلا في الحب والعنة فإنه لا يرثها لأنه طلاق وهو
مضاف إلى الزوج (ومرض الموت هو المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بمحوائجه ،
فأما من يجيء ويذهب بمحوائجه ويحم فلا) وقيل إن أمكنه القيام بمحوائجه في البيت وعجز
عنها خارج البيت فهو مريض . وعن أبي حنيفة إذا كان مضي لا يقوم إلا بشدة وتتعذر
عليه الصلاة جالسا فهو مريض ، والمحصور والواقف في صف القتال والمحبوس للرجم
والقصاص وراكب السفينة والنازل في مسبعة يخاف الهلاك كالصحيح لأن الغالب فيه
السلامة ، ومن قدم للقصاص والرجم أو بارز رجلا أو انكسرت السفينة وبقى على لوح
أو وقع في فم سبع كالمرضى ، وكذلك المرأة إذا ضربها الطلق . أما المقعد والمفلوج ومن
في معناه كالصحيح ؛ وإذا كان أحد الزوجين ممن لا يرث الآخر كالعبد والمكاتب مع
الحرّة ، والحرّة الكتابية مع المسلم ، فطلقها ثلاثا في مرضه ثم صار في حال يتوارثان
لو لم يقع الطلاق لآثرته ، لأنه لم يتعلق حقها بماله حالة الطلاق فلم يكن فارّا فلا يثم
(ولو علّق طلاق امرأته بفعله وفعله في المرض ورثت) سواء كان التعليق في الصحة أو المرض
لأنه قصد إضرارها حيث باشر شرط الحنث في المرض ، وسواء كان له بدّ من الفعل أو لم
يكن ، أما إذا كان فظاها ، وأما إذا لم يكن فلاّن له بدّ من التعليق فكان مضافا إليه
(وإن علّقه بفعل أجنبى أو بمجىء الوقت في المرض مثل قوله : إذا جاء رأس الشهر

فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ لَمْ تَرِثْ (ز) ، وَإِنْ عُلِّقَ بِفِعْلِهَا وَلَهَا مِنْهُ بَدْءٌ لَمْ تَرِثْ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَالصَّلَاةِ وَكَلَامِ الْأَقَارِبِ وَأَكْلِ الطَّعَامِ وَاسْتِيفَاءِ الدِّينِ وَرِثَتْ (م) .

فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ (لأنه قصد إضرارها بمباشرة التعليق في المرض حال تعلق حقها بماله (وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ لَمْ تَرِثْ) خلافاً لـ زفر ، لأن المعلق بالشروط ينزل عند الشرط فصار كالمنجز في المرض . ولنا أنه إنما يصير تطبيقاً عند الشرط حكماً لا قصداً ولا ظلم إلا عند القصد (وَإِنْ عُلِّقَ بِفِعْلِهَا وَلَهَا مِنْهُ بَدْءٌ لَمْ تَرِثْ عَلَى كُلِّ حَالٍ) لأنها راضية (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَالصَّلَاةِ وَكَلَامِ الْأَقَارِبِ وَأَكْلِ الطَّعَامِ وَاسْتِيفَاءِ الدِّينِ وَرِثَتْ) وقال محمد : إذا كان التعليق في الصحة لاثرت لأنه لا يصنع له في إبطال الشرط فلم يقصد إبطال حقها . ولها أنها مضطرة إلى المباشرة في هذه الأشياء لما يتعلق بتركها من العقاب في الآخرة والضرر في الدنيا والزواج هو الذي أوجهاها إلى المباشرة فينتقل فعلها إليه وتصير كآلة كما قلنا في الإكراه ، وإنما يكون مرض الموت إذا مات منه ، أما لو برأ ثم مات انقطع حكم المرض الأول .

فصل في طلاق المجهولة

أصله أن إضافة الطلاق إلى مجهولة ليس إلا تعليق الطلاق في المعينة بالبيان لأنه لا يقع على مجهولة وإنما يقع على المعينة ، وإنما ينزل بالبيان مقصوراً عليه فكان للبيان حكم الإنشاء في حق المعينة ، والإنشاء لا يملك إلا بملك المحل ، فلو قال لامرأته إحداً كما طالق طلقت واحدة منهما بغير عينها إذا لم يكن له نية في معينة منهما لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز » الحديث ، ولأن الجهالة مع الخطأ أجرياً مجرى واحد ، ألا ترى أنهما يمنعان البيع ، ثم الطلاق يقع مع الخطر فكذا مع الجهالة ، ولأن البيع مع ضعفه يصح مع هذا الضرب من الجهالة حتى جاز بيع قفيز من صبرة فلأن يصح الطلاق معه أولى ، وللنساء أن يخاصمنه ويستعدين عليه إلى القاضي حتى يبين إذا كان الطلاق ثلاثاً أو بائناً ، لأن لكل واحدة منهن حقاً في استيفاء منافع النكاح وأحكامه ، أو التوصل إلى الزوج بزواج آخر ، وكان على الزوج البيان والقول قوله لأنه المجمل كمن أقر بشيء غير معين ، ويجبره القاضي أن يوقع الطلاق على معينة لتحصل الفائدة ، وعليها العدة من حين بين لما تقدم ، ١٠ - الاختيار - ثالث

فان لم يبين حتى ماتت إحداهما طلقت الباقية ، لأنه لم يبق من يستحقّ الطلاق غيرها ؛ وإن قال أردت الميتة لم يرثها وطلقت الباقية ، فيصدق في الميتة على نفسه في إسقاط إرثه ، ولا يصدق على الباقية في صرف الطلاق عنها ، فان ماتتا واحدة بعد الأخرى فقال أردت الأولى لم يرث منهما لأنه سقط من الثانية بطريق الحكم ومن الأولى باعتباره ، ولو ماتتا معا ورث من كل واحدة منهما نصف ميراث ، فان قال أردت إحداهما سقط حقه من ميراثها ويرث من الأخرى نصف ميراثها لأنه لا يصدق في زيادة الاستحقاق ؛ ولو جامع إحداهما تعينت الأخرى للطلاق ، لأن الجماع دليل على تعيين الأخرى للطلاق لاستحالة أن يطلأ المطلقة ، وكذلك لو قبلها أو حلف بطلاقها أو ظاهر منها ، لأن هذه الأحكام من خواص الزوجية فصارت كالجماع ؛ ولو طلق إحداهما بعينها وعنى به البيان صدق ، وإن لم ينو به البيان تعينت الأخرى للطلاق الأول . وعن محمد : لو كان الطلاق واحدة رجعية لم يكن وطء إحداهما بيانا للأخرى ؛ ولو مات الزوج قبل البيان فالميراث بينهما الربع أو الثمن ، لأن إحداهما زوجة قطعا وليست إحداهما أولى من الأخرى ؛ ولو طلق إحدى نسائه الأربع ثلاثا ثم اشتبهت وأنكرت كل واحدة أن تكون هي المطلقة لا يقرب واحدة منهن لأنه حرمت عليه إحداهن ، ويجوز أن تكون كل واحدة . وقد قال أصحابنا : كل ما يباح عند الضرورة لا يجوز التحري فيه والفروج من هذا الباب ، ولهذا قالوا : إذا اختلطت الميتة بالمذبوحة إنه يتحرى لأن الميتة تباح عند الضرورة . وإن استعدين عليه إلى الحاكم في النفقة والجماع أعدى عليه وحسبه حتى يبين التي طلق منهن ، ويلزمه نفقتهن لأن لكل واحدة منهن حق المطالبة بأحكام النكاح ، فكان على الحاكم إلزامه إيفاء للحق ، ويقضى عليه بنفقتهن لأنها تجب للمعتدة وللزوجة . وينبغي أن يطلق كل واحدة طلقة واحدة ، فإذا تزوجن بغيره جاز له التزوج بهن ، فان لم يتزوجن فالأفضل أن لا يتزوج بواحدة ، ولو تزوج بالثلاث صح نكاحهن وتعينت الرابعة للطلاق ؛ وليس له أن يتزوج بالكل قبل أن يتزوجن بزواج آخر ، فان تزوجت واحدة منهن بزواج ودخل بها ثم تزوج الكل ذكر في الجامع أنه يجوز نكاح الكل ، لأن الظاهر من حال المتزوجة إنما هي المطلقة ثلاثا حيث أقدمت على النكاح للتحليل ؛ ولو ادعت كل واحدة أنها المطلقة ثلاثا يحلف الزوج فان نكل وقع على كل واحدة الثلاث ، لأنه بالنكول صار باذلا أو مقرا لها بالثلاث ، وإن حلف لهن فالحكم كما قلنا قبل اليمين . وعن محمد : إذا حلف لإحدى المرأتين طلقت الأخرى ، وإن لم يحلف للأولى طلقت ، وإن تشاحا على اليمين حلف لهما بالله ما طلق واحدة منهما ، فان حلف فالأمر على ما كان ، وإن نكل طلقتا على ما بينا ، فان وطئ

باب الرجعة

الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يَحْرَمُ الْوَطْءَ ، وَلِلزَّوْجِ مُرَاجَعَتُهَا فِي الْعِدَّةِ بِغَيْرِ رِضَاهَا
وَتَثَبُّتِ الرَّجْعَةِ بِقَوْلِهِ ، رَاجَعْتُكَ ، وَرَجَعْتُكَ ، وَرَدَدْتُكَ وَأَمْسَكْتُكَ ،
وَبِكُلِّ فِعْلٍ تَثَبُّتُ بِهِ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ،

إحداهما فالتى لم يطأها مطلقة حملا لأمره على الصلاح أنه لم يطأها حراما .

باب الرجعة

وهى مصدر رجعه يرجعه رجعا ورجعة : إذا أعاده وردة ، يقال : رجعت الأمر إلى
أوائله : إذا رددته إلى ابتدائه . قال :

عسى الأيام أن يرجفن قوما كالذى كانوا

وفى الشرع ردّ الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التى كانت عليها . قال (الطلاق
الرجعى لا يحرم الوطء) وهو أن يطلق الحرّة واحدة أو ثنتين بصريح الطلاق من غير عوض
والدليل عليه قوله تعالى - وبعلتني أحقّ بردهنّ - والبعل هنا الزوج ، ولا زوج إلا بقيام
الزوجية ، وقيام الزوجية يوجب حلّ الوطء بالنص والإجماع ، ولأن الله تعالى أثبت
للزوج حقّ الردّ من غير رضاها ، والإنسان إنما يملك ردّ المنكوحة إلى الحالة التى كانت
عليها قبل الطلاق فلا يكون النكاح زائدا ما دامت العدة باقية فيحلّ الوطء . قال (وللزوج
مراجعتها في العدة بغير رضاها) لما تلونا ولا خلاف فيه ، ولأن قوله تعالى - فى ذلك -
أى فى العدة لأنها مذكورة قبله ، ولقوله تعالى - فأمسكوهنّ بمعروف - والمراد الرجعة
لأنه ذكره بعد الطلاق ، ثم قال - أو فارقوهنّ بمعروف - ولقوله عليه الصلاة والسلام
لعمر « مر ابنك فليراجعها » . قال (وتثبت الرجعة بقوله : راجعتك ورجعتك
ورددتك ، وأمسكتك) لأنه صريح فيه . قال (وبكلّ فعل تثبت به حرمة المصاهرة من
الجانبيين) لقوله تعالى - فأمسكوهنّ بمعروف - والإمساك بالفعل أقوى منه بالقول ، ولأن
الرجعة استدامة النكاح واستبقاؤه وهذه الأفعال تدلّ على ذلك ، وليست الرجعة بابتداء
نكاح على ما زعمه بعضهم ، لأننا أجمعنا على أنه يملكها من غير رضاها ولا يشترط فيها
الإيجاب والقبول ، ولا يجب فيها مهر ولا عوض ، لأنّ العوض إنما يجب عوضا عن ملك
البضع ، والبضع فى ملكه ، ولو كان نكاحا مبتدأ لوجب . والخلو ليس برجعة ، لأنه
لم يوجد ما يدلّ على الرجعة لا قولاً ولا فعلاً . ولا يصحّ تعليق الرجعة بالشرط لأنه استدراك
فلا يصحّ بالتعليق كاستقاط الخيار ، ولو قال لها : أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ ، فَإِنْ قَالَ لَهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ : كُنْتُ رَاجِعْتُكَ فِي الْعِدَّةِ فَصَدَّقْتَهُ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ لَمْ تَصِحَّ وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا (سم) وَإِنْ قَالَ لَهَا : رَاجِعْتُكَ ، فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ : انْقَضَتْ عِدَّتِي فَلَا رَجْعَةَ (سم) وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الْأُمَةِ : رَاجِعْتُهَا فِي الْعِدَّةِ وَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى (سم) ، وَكَذَّبَتْهُ الْأُمَةُ أَوْ بِالْعَكْسِ فَلَا رَجْعَةَ ،

ونوى الرجعة صحَّ وإلا فلا ، ويستحبُّ أن يعلمها بالرجعة لتتخلص من قيد العدة ، وإن لم يعلمها جاز ؛ وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها لأنه لا يجوز للمعتدة الخروج من منزلها ، فإذا راجعها لم تبقى معتدة فيجوز لها الخروج ، وإليه الإشارة بقوله تعالى - لا تخرجوهنَّ من بيوتهنَّ - . قال (ويستحبُّ أن يشهد على الرجعة) لأن النصوص الدالة على الرجعة خالية عن قيد الشهادة ، ولما تقدّم أنها استدامة للنكاح ، والشهادة ليست بشرط حالة الاستدامة ، وإنما استحبابه تحرزا عن التجاحد ، وهو محمل قوله تعالى عقيب ذكر الرجعة والطلاق - وأشهدوا ذوى عدل منكم - وهكذا هو محمول في الطلاق أيضا توفيقا بينه وبين النصوص الدالة على جواز الرجعة ووقوع الطلاق الحالية عن قيد الإشهاد (فإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة فصدقته صحت الرجعة ، وإن كذبت لم تصحَّ) لأنه متهم في ذلك وقد كذبت فلا يثبت إلا بيئته ، فإذا صدقته ارتفعت التهمة (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة ، وهى مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وقد سبقت في الدعوى بتوفيق الله تعالى (وإن قال لها : راجعتك ، فقالت مجيبة له : انقضت عدتي فلا رجعة) وقالوا : تصحَّ الرجعة لأن الرجعة لا تتوقف على قبولها ، فلما قال راجعتك صحت الرجعة لأن الظاهر بقاء العدة ، ولهذا لو قال طلقتك ، فقالت قد انقضت عدتي وقع الطلاق فصار كما إذا سكنت ساعة ثم قالت . ولأبي حنيفة أنها لما أخبرت بانقضاء عدتها فالظاهر تقدم انقطاع الدم على ذلك لأنها أخبرت بلفظ الماضي ، والظاهر أنها صادقة ، وأقرب أوقات الماضي وقت قوله ، ومسئلة الطلاق على الخلاف ، ولئن سلمت فنقول : الطلاق يقع بناء على إقراره ، ولو أقرَّ بعد انقضاء العدة حكم به ، بخلاف ما إذا سكنت ساعة لأنها تثبت الرجعة بسكوته فلا يقبل قولها بعد ذلك . قال (وإذا قال زوج الأمة : راجعتك في العدة وصدقه المولى وكذبت الأمة أوبالعكس فلا رجعة) وقالوا : إذا صدقه المولى صحت الرجعة لأنه أقرَّ له بما هو خالص حقه فصار كما إذا أقرَّ عليها بالنكاح . ولأبي حنيفة أن القول قولها في العدة والرجعة تنبئ عليها ؛ وأما إذا كذبه المولى وصدقته فعن أبي حنيفة روايتان ، والفرق على إحدى الروايتين أن العدة منقضية في الحال وصار ملك المتعة للمولى

وإذا انقطعَ الدَّمُ في الحيضةِ الثالثةِ لعشرةِ أيامٍ انقطعتِ الرجعةُ وإن لم تغتسلْ ، وإن انقطعَ لأقلِّ من عشرةِ أيامٍ لم تنقطعْ حتى تغتسلْ أو يمضيَ عليها وقتُ صلاةٍ أو تتيَّم وتُصليَ (مز) ، وفي الكتابيةِ تنقطعُ الرجعةُ بمجردِ انقطاعِ الدَّمِ ، فإن اغتسلتْ ونسيتْ شيئاً من بدنها ، فإن كان أقلَّ من عضوٍ انقطعتِ الرجعةُ ، ولا تحلُّ للأزواجِ ، وإن كان عضوًا لم تنقطعْ ؛ ومن طلقَ امرأتهُ وهي حاملٌ وقال : لم أجامعها فلكه الرجعةُ ، وإن قال ذلك بعدَ الخلوةِ الصحيحةِ فلا رجعةَ له ؛

فلا تملك إبطاله . قال (وإذا انقطع الدم في الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل) لأنها خرجت من الحيضة الثالثة فقد انقضت العدة (وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع حتى تغتسل ، أو يمضي عليها وقت صلاة ، أو تتيَّم وتُصلي) لاحتمال عود الدم فلا بد من دخولها في حكم الطاهرات وذلك بالغسل أو بمضي وقت صلاة لأنها تصير مخاطبة بها ، وهو من أحكام الطاهرات ، وكذا إذا تيممت وصلت ، والقياس أن تنقطع بمجرد التيمم ، وهو قول محمد وزفر ، لأن التيمم كالغسل عند عدم الماء . وجه الاستحسان أن التيمم إنما اعتبر طهارة ضرورة كيلا تتضاعف عليه الواجبات ، أما إنه مطهر في نفسه فلا بل هو ملوث ، وهذه الضرورة تتحقق إذا أرادت الصلاة لأقبل ذلك ولا كذلك الغسل ولو تيممت وقرأت القرآن أو مست المصحف أو دخلت المسجد . قال الكرخي : انقطعت الرجعة لأنها من أحكام الطاهرات . وقال أبو بكر الرازي : لا لأنها ليست من أحكام الصلاة ولو اغتسلت بسؤر الحمار انقطعت ، ولا تحل للأزواج أخذًا بالاحتياط (وفي الكتابية تنقطع الرجعة بمجرد انقطاع الدم) لأنه لا غسل عليها فصارت كالمسلمة إذا اغتسلت (فإن اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها ، فإن كان أقل من عضو انقطعت الرجعة ولا تحل للأزواج) لأنه قليل يتسارع إليه الجفاف فلم نتيقن بعدم غسله ، فقلنا بانقطاع الرجعة وعدم حلِّ الزوج أخذًا بالاحتياط (وإن كان عضو لم تنقطع) لأنه كثير لا يتسارع إليه الجفاف فافترقا ، والمضمضة والاستنشاق كالعضو عند أبي يوسف لأن الحدث باق في عضو . وعند محمد لا لوقوع الاختلاف في فرضيتهما فينقطع حق الرجعة ، ولا تحل للأزواج احتياطاً . قال (ومن طلق امرأته وهي حامل وقال لم أجامعها فله الرجعة) وكذا إذا ولدت منه لأن الحمل والولادة في وقت يمكن جله منه يجعل منه ، قال عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » وإذا كان منه كان واطناً ، والطلاق بعد الوطء يعقب الرجعة (وإن قال ذلك بعد الخلوة الصحيحة فلا رجعة له) لأن الرجعة إنما تثبت عقيب الطلاق في ملك متأكد بالوطء ، وقد أقر بعدم الوطء فيثبت فيها له والرجعة حقه ، بخلاف المهر

وَإِذَا قَالَ لَهَا : إِذَا وَلَدْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ مِنْ بَطْنِ
أُخْرَى فَهِيَ رَجْعَةٌ ؛ وَالْمُطَلَّقةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ وَيُسْتَحَبُّ
لِزَوْجِهَا أَنْ لَا يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُؤْذِنَهَا ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مُطَلَّقةً الْمُبَانَّةَ
بِدُونِ الثَّلَاثِ فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا ، وَالْمُبَانَّةُ بِالثَّلَاثِ لَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ
زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا ، وَيَدْخُلُ بِهَا ثُمَّ تَبَيَّنَ مِنْهُ ، وَلَا تَحِلُّ لِلأَوَّلِ
بِمِلْكِ الْيَمِينِ وَلَا بِوَطْءِ الْمُؤْتَى وَالشَّرْطُ هُوَ الْإِيْلَاجُ دُونَ الْإِنْزَالِ ،

لأن وجوبه بناء على تسليم المبدل لأعلى قبضه . قال (وإذا قال لها : إذا ولدت فأنت طالق
فولدت ثم ولدت آخر من بطن أخرى فهي رجعة) لأن الطلاق وقع بالولد الأول ، والولد
الآخر يكون من علوق آخر في العدة حملا لحالهما على الصلاح فيصير مراجعا بالوطء لأنها
لم تقر بانقضاء عدتها . قال (والمطلقة الرجعية تشوف وتزين (١)) لقيام النكاح بينها وبين
الزوج على ما بينا ، والرجعة مستحبة والزينة حاملة عليها فتجوز (ويستحب لزوجه أن
لا يدخل عليها حتى يؤذنها) إذا لم يكن قصده الرجعة لاحتمال أن يقع نظره عليها وهي
متجردة فتحصل الرجعة ثم يطلقها فتطول عليها العدة . قال (وله أن يتزوج مطلقة المبانة
بدون الثلاث في العدة وبعدها) لأن حل المحلّة باق إذ زواله بالثالثة ولم توجد ، وإنما
لا يجوز لغيره في العدة تحرزا عن اشتباه الأنساب وهو معدوم في حقه (والمبانة بالثلاث
لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم تبين منه) لقوله تعالى
- فان طلقها - يعني الثالثة - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - والنكاح المطلق
في الشرع ينصرف إلى الصحيح حتى لو دخل بها في نكاح فاسد لا تحل للأول ، وقوله
- حتى تنكح - يقتضي الدخول لما ذكرنا أن النكاح الشرعي هو الوطء ولقوله زوجا
ونكاح الزوج لا يكون إلا بالوطء ، ويدل عليه الحديث المشهور وهو ما روى في الصحيح
« أن عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك القرظي كانت تحت ابن عمها رفاعة بن وهب فطلقها
ثلاثا فجاءت إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقالت : يا رسول الله إني كنت تحت رفاعة
فطلقني فبت طلاق ، فزوّجت عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب ، فبسم
صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ قالت : نعم ، فقال : حتى
يذوق عسيلتك وتذوق عسيلته » وسواء دخل بها في حيض أو نفاس أو إحرام لحصول
الدخول (ولا تحل للأول بملك اليمين ولا بوطء المولى) لأن الشرط نكاح زوج غيره
ولم يوجد (والشرط هو الإيلاج دون الإنزال) لحصول نكاح زوج غيره ، والحديث ورد

(١) التّشوّف خاصّ بالوجه ، والتّزيّن عامّ بالبدن فهو من عطف العامّ على الخاصّ

وَأَنْ يَكُونِ الْمُحْلَلُ يُجَامِعُ مِثْلَهُ ، فَانْ تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ كَرِهَ (س) وَحَلَّتْ لِلأَوَّلِ (سم) ، وَالزَّوْجُ الثَّانِي يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ (مز) ، وَلَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَتْ : قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَحَلَّلْتُ وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا

باب الإيلاء

على غالب الحال ، فان الغالب في الجماع الإنزال أو نقول الكتاب عرى عن ذكر الإنزال فلا يزداد عليه . قال (و أن يكون المحلل يجمع مثله) سواء كان مرافقا أو بالغا لوجود الشرط وهو الإيلاج ، ولا يجوز صغير لا يقدر على الإيلاج لعدم الوطء المراد من النكاح : قال (فان تزوجها بشرط التحليل كره وحلت للأول) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لأنه كالمؤقت ولا تحل للأول لفساده . وقال محمد : هو جائز لشرط الجواز ولا تحل للأول لأنه عجل ما أخره الشرع فيعاقب بالمنع كقتل المورث . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » ومراده النكاح بشرط التحليل فيكره للحديث وتحل للثاني لأنه عليه الصلاة والسلام سماه محلا وهو المثلث للحل ، أو نقول وجد الدخول في نكاح صحيح ، لأن النكاح لا يفسد بالشرط فتحل للأول ، ولو تزوجها بقصد التحليل ولم يشترط حلت للأول بالإجماع ، والطلقتان في الأمة كالثلث في الحرّة لما مرّ . قال (والزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث) وصورته إذا طلق امرأته طليقة أو طليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها ثم تزوجها الأول عادداً إليه بثلاث طلاقات ، وهدم الزوج الثاني الطليقة والطلقتين كما هدم الثلاث : وقال محمد وزفر : تعود إلى الأول بما بقي من الثلاث في النكاح الأول ، لأن الزوج الثاني إنما يثبت الحل إذا انتهى ، والحل لم ينته لأنها تحل له بالعقد قبله فلا يكون مثبتاً له . ولنا أنه وطء من زوج ثان فرفع الحكم المتعلق بالطلاق كما في الثلاث . قال (ولو طلقها ثلاثاً فقالت : قد انقضت عِدَّتِي وَتَحَلَّلْتُ وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) لأنه إن كان أمراً دينياً فقول الواحد فيه مقبول كرواية الأخبار والإخبار عن القبلة وطهارة الماء ، وإن كان معاملة فقول الواحد مقبول في المعاملات على ما عرف ، وتماه يعرف في باب العدة إن شاء الله تعالى :

باب الإيلاء

وهو في اللغة : مطلق اليمين ، قال :
قليل الأيالا حافظ ليمينه وإن بدرت منه الآلية برت

إِذَا قَالَ : وَاللَّهِ لِأَقْرَبُكَ ، أَوْ لِأَقْرَبِكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُؤَلٍّ ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ ، فَإِنْ قَرَّبَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ حَنْثٌ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ وَبَطْلُ الْإِيلَاءِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا وَمَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ بِتَطْلِيقَةٍ ؛

وفي الشرع : اليمين على ترك وطء المنكوحه مدّة مخصوصة ، وقيل الحلف على ترك الوطء المكسب للطلاق عند مضي أربعة أشهر ، فالاسم الشرعي فيه معنى اللغة . وألفاظه صريح وكناية ، فالصريح لا يحتاج إلى نية مثل قوله : لأقربك ، لأجامعك ، لأطوك ، لأغتسل منك من جنبه ، لأفتنك إن كانت بكرا . والكناية : لأمسك ، لا آتيك ، لا أدخل بك ، لا أغشاك ، لا يجمع رأسى ورأسك شيء ، لا أبيت معك على فراش ، لأضاجعك ، لأقرب فراشك ونحوه ، ولا بدّ فيه من النية . وقال محمد : إذا قال : والله لا يمسّ جلدي جلدك لا يكون موليا لأنه يقدر على جماعها بغير ممانعة بأن يلفّ على ذكره حريرة ولأنه يحنث بغير الجماع ، والمولى من يقف حنثه على الجماع خاصة . والأصل أن المولى من لا يمكنه قربان امرأته إلا بشيء يلزمه لأن حرمة الوطء إنما تنتهى بالحنث والحنث موجب للكفارة أو بشيء يلزمه ، ولا يكون الإيلاء إلا بالحلف على ترك الجماع في الفرج لأن حقه في الجماع في الفرج فيتحقق الظلم . قال (إذا قال : والله لأقربك ، أو لأقربك أربعة أشهر فهو مول) والأصل فيه قوله تعالى - للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر - الآية ، فتكون مدّة الإيلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولا نقصان ، إذ لو كانت المدّة أقلّ من ذلك أو أكثر لم يكن في التنصيص على الأربعة فائدة . قال (وكذلك لو حلف بحجّ أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق) مثل أن يقول : إن قربتك فله على الحجّ ، أو يقول : فله على صوم كذا ، أو يجعل الجزاء صدقة ، أو عتق عبد ، أو طلاقها أو طلاق غيرها ، لأن اليمين موجودة في ذلك كله ، لأن اليمين بغير الله تعالى شرط وجزاء ، لأن المقصود منها الحمل أو المنع ، وهذه الأشياء توجب ذلك لما تتضمنه من المشقة ، ولأنه لا يمكنه قربانها إلا بشيء يلزمه ، وإذا وجدت اليمين فقد وجدت الإيلاء فدخل تحت التنصيص ولو قال : إن قربتك فعلى أن أصلي ركعتين أو أغزو لم يكن موليا . وقال محمد : هو مول لأنه يصحّ إيجابها بالنذر كالصوم والصدقة . ولها أن الصلاة ليست في حكم اليمين حتى لا يحلف بها عادة فصار كصلاة الجنائز وسجدة التلاوة (فان قربها في الأربعة الأشهر حنث) لوجود شرطه (وعليه الكفارة) لأن الحنث موجب للكفارة (وبطل الإيلاء) لما بينا أن اليمين تنحلّ بالحنث (وإن لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانّت بتطليقة) هذا مذهب عامة الصحابة وتفسير قوله تعالى - فان عزموا الطلاق - أي عزموا الطلاق بالإيلاء

فَإِنْ كَانَتْ الْيَمِينُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَقَدْ انْخَلَّتْ ، وَإِنْ كَانَتْ مُؤَبَّدَةً فَإِنْ عَادَ فَنَزَّوَجَهَا عَادَ الْإِيلَاءُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي بَيْنَنَا ، فَإِنْ وَطَّئَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ مِنْ وَقْتِ التَّزْوُجِ حَنْثٌ وَإِلَّا وَقَعَتْ أُخْرَى ، فَإِنْ عَادَ فَنَزَّوَجَهَا فَكَذَلِكَ ، فَإِنْ تَزَّوَجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ فَلَا إِيلَاءَ ، فَإِنْ وَطَّئَ كَفَّرَ لِلْحَنْثِ ؛ وَأَقْلُ مُدَّةُ الْإِيلَاءِ فِي الْحُرَّةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، وَمُدَّةُ إِيلَاءِ الْأَمَةِ شَهْرَانِ ؛ وَإِنْ آتَى مِنَ الْمُطَلَّاقَةِ الرَّجْعِيَّةِ فَهُوَ مُؤَلٍّ ، وَمِنْ الْبَائِنَةِ لَا ،

السابق وهى قراءة ابن مسعود رضى الله عنه ، وعنه وعن ابن عباس رضى الله عنهم : عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر من غير فى . وقراءة ابن مسعود رضى الله عنه - فإن فاءوا فيهن - أى فى الأربعة الأشهر ، ولأنه تعالى قال - للذين يؤلون - ثم قال - فإن فاءوا ، وإن عزموا الطلاق - وهذه الفاء للتقسيم ، فأحد القسمين يكون فى المدة وهو النوى ، والآخر بعدها وهو الطلاق كقوله تعالى - وإذا طلقتم النساء - ثم قال - فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن - لما ذكر المدة وجاء بالفاء كان للتقسيم ، وكان الإمساك وهو الرجعة فى المدة والتسريح وهو البينة بعدها فكذا هنا . قال (فإن كانت اليمين أربعة أشهر فقد انخلت) لانقضاء المدة (وإن كانت مؤبدة ، فإن عاد فنزَّوجها عاد الإيلاء على الوجه الذى بينا) لبقاء اليمين ، لأن اليمين لا تنتهى إلا بالحنث أو بمضى المدة المؤقتة ، وإنما لم يقع طلاق آخر قبل التزوج ، لأن الحرمة مضافة إلى البينة لا إلى الإيلاء فلم يوجد المنع باليمين فإذا تزَّوجها ارتفعت الحرمة الثابتة بالبينة وبقيت حرمة الإيلاء ، فوجد منع الحق فترتب عليه حكمه (فإن وطئها فى الأربعة الأشهر من وقت التزوج حنث وإلا وقعت أخرى) لما بينا (فإن عاد فنزَّوجها فكذاك) لما مرَّ (فإن تزَّوجها بعد زوج آخر فلا إيلاء) معناه : أنه لا يقع الطلاق بمضى المدة لانتهاء ما كان يملكه من الطلاق فى النكاح الأول وفيه خلاف زفر وقد تقدم ، إلا أن اليمين باقية لعدم الحنث (فإن وطئ كفر للحنث) قال (وأقل مدة الإيلاء فى الحرَّة أربعة أشهر) فلو آتى أقل من أربع أشهر لا يكون مؤلّا ، لقول ابن عباس رضى الله عنهما : لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر ، ولما مرَّ (ومدة إيلاء الأمة شهران) لما عرف أن الرق منصف ، وأنها مدة ضربت للبينة فتتصرف كالعدة ، والآية تناولت الحرائر دون الإماء ، لأن اسم النساء والزوجات عند الإطلاق ينصرف إلى الحرائر دون الإماء لأن معنى الأزواج فى الإماء ناقص ، لأن للمولى أن يستخدمها ولا يبيتها بيت الزوج ، والاسم عند الإطلاق ينصرف إلى الكامل ، فإن أعتقت فى مدة الإيلاء تصير أربعة أشهر كما فى العدة . قال (وإن آتى من المطلقة الرجعية فهو مؤل ، ومن البائنة لا) لقيام الزوجية

وإن قال : لأقربك شهرين بعد شهرين فهو مول ؛ ولو قال : لأقربك سنة إلا يوما فليس بمول (ز) ،

وحل الوطء في الأولى على ما بينا دون الثانية ، فكانت الأولى من نسأهم دون الثانية ؛ ولو حلف لا يقرب زوجته وأمه ، أو زوجته وأجنبية لا يصير موليا ما لم يقرب الأجنبية أو أمته ، فإذا قربها صار موليا ، لأنه لا يمكنه قربانها بعد ذلك إلا بالكفارة ؛ ولو قال لهما : لأقرب إحداكما لا يكون موليا كما إذا قال لزوجته وأمه : إحداكما طالق ، فإن قرب إحداهما لزمته الكفارة للحنث ؛ ولو قال لهما : لأقرب واحدة منكما كان موليا من امرأته ، لأن النكرة في النفي تعم ، ولو قرب واحدة منهما حنث ؛ ولو قال : أنت على مثل امرأة فلان ، وقد كان فلان آلى من امرأته ، فإن نوى الإيلاء كان موليا وإلا فلا ؛ ولو قال : أنت على كالميتة ونوى اليمين يكون موليا لأنه بمنزلة الكناية ؛ ولو آلى من امرأته ثم قال لأخرى : أشركتك في إيلاء هذه لا يصير موليا ، بخلاف الطلاق والظهار ، لأنه لو اشتركا في الإيلاء يتغير حكم الإيلاء وهو لزوم الكفارة بقربان الأولى وحدها ، وإذا صح الاشتراك لانجذب الكفارة ما لم يقربهما ، ولا يمكن تغيير اليمين بعد انعقادها ، ولا كذلك الطلاق والظهار . وعن الكرخي : لو قال لامرأته : أنت على حرام ، ثم قال لأخرى : أشركتك معها كان موليا منهما ، لأن إثبات الشركة هنا لا يغير موجب اليمين وهو إثبات الحرمة ، فانه لو قال : أنثا على حرام كان موليا من كل واحدة منهما على حدة ، ويلزمه بوطء كل واحدة كفارة ، بخلاف قوله : والله لأقربكما لأنه إيلاء لما يلزمه من هتك حرمة الاسم وذلك لا يتحقق إلا بقربانها ؛ وإذا آلى العبد من امرأته فملكته لا يبقى الإيلاء ، فلو باعته أو أعتقته ثم تزوجها عاد الإيلاء كما إذا حلف بعق عبده إن وطئها فباعه ثم استردّه عاد الإيلاء ؛ ولو قال : إن قربتك فكل مملوك أملكه في المستقبل حر فهو مول . وقال أبو يوسف : لا يكون موليا لأنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بأن يقربها ولا يملك مملوكا أصلا . ولهما أنه لا يقدر على الامتناع عن جميع أسباب التمليكات كالإرث ، إذ في الامتناع عن الجميع مشقة ومضرة ، وعلى هذا لو قال : فكل امرأة أتزوجها فهي طالق ، وعلى هذا إذا علق وطأها بعق عبد بعينه ، لأبي يوسف أنه يقدر على وطئها بغير شيء يلزمه بأن يبيعه ثم يطأها . ولهما أنه لا يوصل إلى ذلك إلا بالحنث غالبا أو بالبيع وأنه مشقة أيضا (وإن قال : لأقربك شهرين بعد شهرين فهو مول) لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ؛ ولو سكت ساعة ثم قال : وشهرين بعد الشهرين الأولين لا يكون موليا ، لأن ابتداء اليمين الثانية حين حلف فقد تخلل بين الأربعة الأشهر وقت ليس موليا فيه فلم توجد مدة الإيلاء . قال (ولو قال : لأقربك سنة إلا يوما فليس بمول)

وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ ، أَوْ هُوَ مَحْبُوبٌ ، أَوْ هِيَ رَتْقَاءُ أَوْ صَغِيرَةٌ ، أَوْ بَيْنَهُمَا مَسِيرَةٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، أَوْ مَحْبُوسًا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، فَقَالَ فِي مُدَّةِ الْإِيلَاءِ : فِثْتُ إِلَيْهَا سَقَطَ الْإِيلَاءُ إِنْ اسْتَمَرَ الْعُذْرُ مِنْ وَقْتِ الْحَلْفِ إِلَى آخِرِ الْمُدَّةِ ، فَإِذَا قَدَرَ عَلَى الْجِمَاعِ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْمُدَّةِ لَزِمَهُ الْفَتَى بِالْجِمَاعِ ؛

خلافًا لزرر ، وهو يصرف اليوم إلى آخر السنة كالإجارة فصار كما إذا تلفظ به : ولنا أنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه وذلك في اليوم المستثنى وهو يوم منكر له أن يجعله أي يوم شاء ، فإن قربها وقد بقي من السنة أربعة أشهر صار موليا لسقوط الاستثناء بخلاف الإجارة لأنه يصرف إلى آخر السنة تصحيحا لها لأنها لا تنصح مع التنكير .

فصل

(وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ ، أَوْ هُوَ مَحْبُوبٌ ، أَوْ هِيَ رَتْقَاءُ ، أَوْ صَغِيرَةٌ ، أَوْ بَيْنَهُمَا مَسِيرَةٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، أَوْ مَحْبُوسًا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، فَقَالَ فِي مُدَّةِ الْإِيلَاءِ : فِثْتُ إِلَيْهَا سَقَطَ الْإِيلَاءُ إِنْ اسْتَمَرَ الْعُذْرُ مِنْ وَقْتِ الْحَلْفِ إِلَى آخِرِ الْمُدَّةِ) روى ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه .

اعلم أن النوى عبارة عن الرجوع ، يقال : فاء الظل : إذا رجع ، ولما قصد المولى باليمين منع حقها من الوطء سمي الرجوع عنه فيثا ، قال تعالى - فان فاعوا - أي رجعوا عن قصدهم ، والنوى نوعان بالجماع والقول عند عدمه ؛ فالنوى بالجماع يُبطل الإيلاء في حق الطلاق والحنث جميعا ، والنوى باللسان بدل عن النوى بالجماع في إبطال الطلاق دون الحنث حتى لو قربها بعد ذلك لزمته الكفارة ؛ والبطلان إنما يعتبر حالة العجز عن الأصل فيعتبر العجز عن الجماع مستداما من وقت الإيلاج إلى تمام المدّة ، حتى لو قدر على الجماع في بعض المدّة ففويّه الجماع لاغير ، لأنه لما قدر عليه ولم يفعله فالتقصير جاء من قبله فلا يعتبر عاجزا ، روى ذلك عن عليّ وابن عباس وابن مسعود وجماعة من التابعين رضي الله عنهم . وصفة النوى أن يقول : فثت إليك أو رجعت إليك . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقول : أشهدوا أن قد فثت إلى امرأتى وأبطلت إيلاءها ، وهذه الشهادة احتياطا احترازا عن التجاحد لاشرطا ، وهذا لأنه أوحشها بالكلام بذكر المنع فيرضيها بالرجوع عنه حقيقة بالوطء . فإذا لم يقدر عليه يرضيها بغاية ما يقدر عليه وهو الوعد باللسان فيرفع الظلم (فإذا قدر على الجماع بعد ذلك في المدّة لزمه النوى بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف ؛ ولو آلى من امرأته وبينهما أقل من أربعة أشهر إلا أنه يمنعه

وَيَكْرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا إِنْ كَانَ هُوَ النَّاشِزَ ، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ النَّاشِزَةَ كَرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا حَلٌّ لَهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ بَائِنًا وَيَلْزَمُهَا الْمَالُ بِالْزَّامِهَا ، وَمَا صَلَحَ مَهْرًا صَلَحَ بَدَلًا فِي الْخُلْعِ ، فَإِذَا بَطَلَ الْبَدَلُ فِي الْخُلْعِ كَانَ بَائِنًا وَفِي الطَّلَاقِ يَكُونُ رَجْعِيًّا ؛

ويصحّ مع غيبتها ، فإذا بلغها كان لها خيار القبول في مجلس علمها ، ويجوز تعليقه بالشرط والإضافة إلى الوقت كقوله : إذا قدم فلان أو إذا جاء فلان فقد خالعتك على ألف يصحّ ، والقبول إليها إذا قدم فلان أو جاء غد ، والخلع من جانبها تمليك بعوض كالبيع فيصحّ رجوعها قبل قبوله ويبطل بقيامها من المجلس ، ولا يتوقف حال غيبته ، ولا يجوز التعليق منها بشرط ولا الإضافة إلى وقت ؛ ولو خالعتها بألف على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل ، وإن قال على أنها بالخيار فكذا ذلك عندهما لأن الخلع طلاق ويمين ولا خيار فيهما . وعند أبي حنيفة الخيار لها صحيح ، فإن ردتّه في الثلاث بطل الخلع ، لأن الخلع طلاق من جانبها تمليك من جانبها فيجوز الخيار لها دونه . قال (ويكره أن يأخذ منها شيئا إن كان هو الناشز) قال تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا - فحملناه على الكراهية عملا بالنصّ الأوّل ، وقيل هي نهى توييح لا تحريم (وإن كانت هي الناشزة كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاه) لما روى « أن جميلة بنت عبد الله بن أبي سلول ، وقيل حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس ، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله لأنا ولا هو ، فأرسل رسول الله إلى ثابت ، فقال : قد أعطيتها حديقة ، فقال لها : أتردين عليه حديقته وتملكين أمرك ؟ فقالت نعم وزيادة ، قال : أما الزيادة فلا ، فقال عليه الصلاة والسلام : يا ثابت خذ منها ما أعطيتها ولا تردد وخلّ سبيلها ، ففعل وأخذ الحديقة ، فنزل قوله تعالى - ولا يحلّ لكم أن تأخذوا مما آتيتموهنّ شيئا - إلى قوله - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - » (وإن أخذ منها أكثر مما أعطاه حلّ له) بمطلق الآية . قال (وكذلك إن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق بائنا) لما قلنا (ويلزمها المال بالزّامها) ولأنه ما رضى بالطلاق إلا ليسلم له المال المسمى ، وقد ورد الشرع به فيلزمها . قال (وما صلح مهرا صلح بدلا في الخلع) لأن البضع حال الدخول متقوم دون حال الخروج ، فإذا صلح بدلا للمتقوم فلائن يصلح لغير المتقوم أولى . قال (فإذا بطل البدل في الخلع كان بائنا ، وفي الطلاق يكون رجعيا) وذلك مثل أن يخالعتها على خمر أو خنزير أو ميتة ونحوه ؛ أما وقوع الطلاق فلائنه علقه بقبولها وقد وجد ؛ وأما البينونة في الخلع فلائنه كناية ، والرجعي في الطلاق

وَأَنَّ قَالَتْ : خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي وَلَيْسَ فِي يَدِي شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا ؛
وَلَوْ قَالَتْ : عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ مَالٍ ، أَوْ عَلَى مَا فِي بَيْتِي مِنْ مَتَاعٍ وَلَا شَيْءَ
فِي يَدِي وَلَا مَتَاعٍ فِي بَيْتِي رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا ؛ وَلَوْ خَلَعَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ عَلَى
مَالِهَا لَا يَلْزَمُهَا شَيْءٌ ، وَفِي الْكَبِيرَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِهَا ، وَلَوْ ضَمَّنَ الْمَالُ
لِزِمَهُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ؛

لأنه صريح ولا يجب للزوج عليها شيء ، لأن البضع لقيمة له عند الخروج وهي ما سميت
له مالا فيغتر به ، ولأنه لاسبيل إلى المسمى للإسلام ولا إلى غيره لعدم الالتزام ، بخلاف
النكاح ، لأن البضع متقوم حالة الدخول ، ومهر المثل كالمسمى شرعا ، وبخلاف ما إذا
خالعها على هذا الدن من الخلع فاذا هو خمر لأنها سميت له مالا فاغتر به ، وبخلاف العتق
والكتابة على خمر حيث تجب قيمة العبد لأنه ملك متقوم وما رضى بخروجه بغير عوض ،
ولا كذلك البضع حالة الخروج على ما بينا ؛ ولو خلعها على عبد فاذا هو حر رجع بالمهر .
وعند أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا ؛ ولو خلعها على ثوب ولم يسم جنسه ، أو على دابة
فله المهر ، وفي العبد الوسط كما في المهر ، وكذا على ثوب هروى فطلع مرويا يرجع بهروى
وسط ، ولو خلعها على دراهم معينة فاذا هي ستوقه رجع بالحياد ، ولا يرد بدل الخلع
إلا بعيب فاحش كما في المهر ؛ ولو خلعها بغير مال وقال لم أنو الطلاق صدق لأنه كناية ،
ولا يصدق إذا كان على مال ، لأن البدل لا يجب إلا بالبينونة (وإن قالت : خالعي على
ما في يدي وليس في يدي شيء فلا شيء عليها) وكذا لو قالت : على ما في بيتي ولا شيء
في بيتي لأنها لم تسم المال لم تغره (ولو قالت : على ما في يدي من مال ، أو على ما في بيتي
من متاع ولا شيء في يدي ولا متاع في بيتي ردت عليه مهرها) والأصل في ذلك أنه متى
أطمعته في مال متقوم فلم يسلم له لفقده وعدمه رجع عليها بالمهر لأنها غرت حيث أطمعته
في مال ، والمغرور يرجع على الغار بالمبدل ، فاذا فات المشروط المطمع فيه زال ملكه
مجانا فيلزمها أداء المبدل وهو ملك البضع ، وقد عجزت عن ردّه فيلزمه ردّ قيمته وهو
المهر ؛ ولو خالعها بما لها عليه من المهر ولم يبق لها عليه شيء من المهر لزمها ردّ المهر ،
وإن علم الزوج أن لامهر لها عليه ولا متاع لها في البيت لا يلزمها شيء ؛ ولو قالت : على
ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ولا شيء في يدي لزمها ثلاثة دراهم لأنها سميت الدراهم
وأقلّ الجمع ثلاثة . قال (ولو خلع ابنته الصغيرة على مالها لا يلزمها شيء) لأنه لا نظر
لها فيه ، إذ البدل متقوم والمبدل لقيمة له على ما بينا (وفي الكبيرة يتوقف على قبولها)
لأنه لا ولاية له عليها فصار كالفضولي (ولو ضمن المال لزمه في المسألتين) لأن شرط بدل
الخلع على الأجنبية جائز فعلى الأب أولى ؛ ولو اختلعت الصغيرة نفسها على صداقها وقع

وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الْأَلْفِ ، وَلَوْ
عَالَتْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (سم) وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ
لَهَا : طَلَّقْنِي . أَنْ تَكِ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛
وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَبِلَتْ طَلَّقَتْ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (سم) ،

الطلاق لأنه علقه بقبولها ، ولا يسقط الصداق لأنها ليست من أهل الالتزام لما فيه من الضر
ولو خلعها أبوها على صداقها لا يسقط ، ثم إن قبلت الصغيرة الخلع وقع الطلاق ، وإن
قبل الأب فيه روايتان : في رواية لا يقع لأنه كالأجنبي إذا لم يصف البدل إلى نفسه ،
ويحتمل أن الخلع مضرة بها فلا يقوم قبوله مقام قبولها . وفي رواية يقع لأنه نفع محض
بالخلاص عن عهده فصار كقبول الهبة ، ولو ضمن الأب الصداق رجوع الزوج عليه وإلا
فلا ، وكذلك الأجنبي لأنه متى ضمن البدل فالخلع يتم بقبوله لا بقبولها لأنه يجب البدل عليه
بالتزامه من ملكه ولا يجب عليه إلا إذا وقع العقد معه . قال (ولو قالت : طلقني ثلاثا
بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف ، ولو قالت : على ألف فطلقها واحدة فلا شيء
عليها وهي رجعية) وقالوا : هما سواء لأن على كالباء في المعاوضات ، لأن قوله أحل
هذا بدرهم وعلى درهم سواء . ولأبي حنيفة أن حرف الباء للمعاوضة وهي تصحب الأعواض
فينقسم العوض على المعوض ، وإذا وجب المال كانت بائنة ، أما على فإنها للشرط
قال تعالى - يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا - أي بهذا الشرط ، وكذا لو قال : أنت
طالق على أن تدخل الدار كان شرطا ، والمشروط لا ينقسم على أجزاء الشرط ، لأن وجوب
الألف صار معلقا بالتطبيق ثلاثا فلا يلزم قبله ، لأن المعلق عدم قبل وجود الشرط ، وإذا
لم يجب المال فقد طلقها بصريح الطلاق فكانت رجعية (ولو قال لها : طلق نفسك ثلاثا
بألف أو على ألف فطلقت واحدة لم يقع شيء) لأنه ما رضى بالبينونة إلا ليسلم له جميع
الألف بخلاف المسألة الأولى لأنها لما رضيت بالبينونة بالألف فلأن ترضى ببعضها كان
أولى (ولو قال لها : أنت طالق وعليك ألف فقبلت طلقت ولا شيء عليها) وكذلك إن
لم تقبل ، وقالوا : إن قبلت فعليها الألف ، وإلا لاشيء عليها ، لأن هذا الكلام يستعمل
للمعاوضة ، يقال : اعمل هذا ولك درهم كقوله بدرهم ، وله أن قوله وعليك ألف
لا ارتباط له بما قبله ، إذ الأصل ذلك ولا دلالة على الارتباط ، لأن الطلاق يوجد بدون
المال ، بخلاف البيع والإجارة فانهما لا ينفكان عن وجوب المال ؛ ولو قال لعبده : أنت
حرّ وعليك ألف فعلى الخلاف ؛ ولو قالت له : اخلعني على ألف فقال مجيبا لها : أنت
طالق كان كقوله خلعتك ؛ ولو قال : بعث منك طلاقك بمهرك ، فقالت : طلقت
نفسى بانت منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت ؛ ولو قال : بعث منك تطلقه ، فقالت

والمبارأة كالحلحلي يسقطان كل (سم) حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشيء ويعتبر حلحلي المريضة من الثلث .

اشترت نفق واحدة رجعية مجانا لأنه صريح . قال (والمبارأة كالحلحلي يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشيء) ولو لم تقبض شيئا لا ترجع عليه بشيء ؛ ولو خالعاها على مال آخر لزمها وسقط الصداق . وقال محمد : لا يسقط فيهما إلا ما سماه وأبو يوسف معه في الحلحلي ومع شيخه في المبارأة . لمحمد أنه تعذر العمل بحقيقة اللفظين على ما يأتي فجعلنا كناية عن الطلاق على مال فلا يجب إلا ما سماه . ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة وقضيتها البراءة من الجانبين مطلقا ، إلا أنا اقتصرنا على ما وقعت المبارأة لأجله وهو حقوق النكاح . أما الحلحلي فيقتضي الانحلال ، وقد حصل الانحلال من النكاح فلا حاجة إلى حقوقه . ولأبي حنيفة أن الحلحلي عبارة عن الانحلال والانتزاع على ما مر في أول الباب ، والمبارأة كما قال أبو يوسف تقتضي الانحلال والبراءة من الجانبين ، ونفس النكاح لا يمتثل الانحلال والبراءة ، وحقوقه تقبل ذلك فتقع البراءة عنها ليحصل ما هو المقصود من الحلحلي وهو انقطاع المشاجرة بين الزوجين ، أو نقول يعمل باطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه بدلالة العوض ، ولو وقع الحلحلي بلفظ البيع والشراء فالأصح أنه يوجب البراءة عند أبي حنيفة ولو اختلعا ولم يذكر المهر ولا بدلا آخر فالصحيح أنه يسقط ما بقي من المهر وما قبضته فهو لها ، وإن ذكرنا نفقة العدة سقطت وإلا فلا لأنها لم تجب بعد ، ولا تقع البراءة عن نفقة الولد وهي ماثونة الرضاع إلا بالشرط لأنها لم تجب لها ، فان شرط البراءة منها في الحلحلي ووقتاً بأن قال إلى سنة أو سنتين سقطت ، فان مات الولد قبل تمام المدة رجع عليها بما بقي من أجر مثل الرضاع إلى تمام المدة ، والحيلة لعدم الرجوع أن يقول : خالعتك على كذا ، أو على نفقة الولد إلى سنتين ، فان مات في بعض المدة فلا رجوع لي عليك . قال (ويعتبر خلح المريضة من الثلث) لأنه لا قيمة للبضع عند الخروج ، وليس من الحوائج الأصلية فكان كالوصية ، وهذا إذا ماتت بعد العدة أو قبل الدخول ؛ فأما إذا ماتت وهي في العدة فللزوجة الأقل من الميراث ، ومن المهر إن كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من ميراثها ومن الثلث .

فصل

إذا اختلعت المكاتب لزمها المال بعد العتق لأنه تبرع ، وسواء كان باذن المولى أو بغير

باب الظهار

وَهُوَ أَنْ يُشَبَّهَ امْرَأَتُهُ أَوْ عُضْوًا يُعْتَبَرُ بِهِ عَنْ بَدَنِهَا أَوْ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا بِعُضْوٍ لَا يَحِلُّ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنْ أَعْضَاءِ مَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ وَحُكْمُهُ : حُرْمَةُ الْجِمَاعِ وَدَوَاعِيهِ حَتَّى يُكْفَرَ ،

لأذنه لأنها محجورة عن التبرعات ؛ ولو اختلعت الأمة وأم الولد بإذن المولى لزمهما للحال وإذا خلع الأمة مولاهما من زوجها الحرّ على رقبتها صحّ الخلع بغير شيء ؛ ولو كان الزوج مكاتباً أو عبداً أو مدبراً جاز الخلع وصارت أمة للسيد ، والفرق أنها تصبح مملوكة للمولى فلا يفسخ النكاح ، وفي الحرّ لو صارت مملوكة له بطل النكاح فيبطل الخلع .
أمتان تحت حرّ خلعهما المولى على رقبة إحداهما بعينها بطل الخلع فيها وضحّ في الأخرى ويقسم الثمن على مهرهما ، فما أصاب مهر التي صحّ خلعها فهو للزوج من رقبة الأخرى ، ولو خلع بكل واحدة منهما على رقبة الأخرى وقع الطلاقان باتنين بغير شيء ، لأنه قارن وقوع الطلاق على كل واحدة وقوع الملك في رقبتها فتعدّر إيجاب العوض ، ولو طلق كل واحدة على رقبة صاحبتيها يقع رجعيان .

باب الظهار

وهو في اللغة مشتق من لفظ الظهر ، يقال : ظاهر يظاھر ظاهراً ، وأصله قول الرجل لامرأته : أنت على كظهر أمي ، ثم انتقل إلى غيره من الأعضاء ، وإلى غيرها من الحرمات . (وهو أن يشبه امرأته أو عضواً يعبر به عن بدنها) كالرأس والوجه (أو جزءاً شائعاً منها) كالثالث والرابع (بعضو لا يحل النظر إليه) كالظهر والفخذ والبطن والفرج ، لأن الكل في معنى الظهر في الحرمة (من أعضاء من لا يحل له نكاحها على التأييد) كأمه وبنته وجدته وعمته وخالته وأخته وغيرهن من الحرمات على التأييد ، لأن الكل كالأم في تأييد الحرمة (وحكمه : حرمة الجماع ودواعيه حتى يكفر) تجرّزا عن الوقوع فيه كما في الإحرام ، بخلاف الحيض فإنه يكثر وقوعه فيحرج ولا كذلك الظهار ، وكان في الجاهلية طلاقاً فجعله الشرع موجبا حرمة متناهية بالكفارة . والأصل فيه حديث نحوه بنت ثعلبة ، وقيل بنت خويلد كانت تحت أوس بن الصامت وكانا من الأنصار فأرادها فأبى عليه ، فقال : أنت على كظهر أمي فكان أول ظهار في الإسلام ، ثم ندم وكان الظهار طلاقاً في الجاهلية ، فقال : ما أظنك إلا قد حرمت عليّ ، فقالت : والله ما ذاك بطلاق ، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أوساً تزوجني وأنا شابة غنية ذات مال وأهل ، حتى

إِنْ جَامَعَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ اسْتَغْفَرَ اللَّهَ تَعَالَى ، وَالْعَوْدُ الَّذِي تَجِبُ بِهِ الْكَفَّارَةُ أَنْ يَعْزَمَ عَلَى وَطْئِهَا ، وَيَتَّبَعِي لَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا مِنْهُ وَتُطَالِبَهُ بِالْكَفَّارَةِ وَيَجْثُرُهُ الْقَاضِي عَلَيْهَا ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى مِثْلِ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي ،

إذا أكل مالى وأفنى شبابى وتفرق أهلى وكبرت سنى ظاهر منى وقد ندم ، فهل من شىء يجمعنى وإياه تنعشنى به ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : حرمت عليه ، فجعلت تراجع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإذا قال لها : حرمت عليه هتفت وقالت : أشكو إلى الله فاقبى وشدة حالى ، وأن لى صبية صغارا إن ضممتهم إليهم ضاعوا ، وإن ضممتهم لى جاعوا ، وجعلت تقول : اللهم إنى أشكو إليك ، اللهم فأنزل على لسان نبيك ، فغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحى كما كان يتغشاها ، فلما سرتى عنه قال : يا خولة قد أنزل الله فىك وفى أوس قرآنا وتلا - قد سمع الله قول الذى تجادلن فى زوجها - الآيات ، والظاهر جاثر من يجوز طلاقه من المسلمين لأن كل واحد منهما يوجب حرمة الزوجة ، ولا يكون من المطلقة نائنا لأنها حرام عليه . قال (فإن جامع قبل التكفير استغفر الله تعالى) لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا ظاهر من امرأته فرأى خلخالها فى القمر فوق غلبها ، ثم جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك ، فقال له استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر ، ولأ - فعل محرما والأفعال المحرمة توجب الاستغفار ولا شىء عليه غيره ، لأنه لو كان لبيته عليه الصلاة والسلام ، ولا يحل قربانها بعد زوج آخر ولا بملك اليمين حتى يكفر لقوله تعالى - فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا - قال (والعود الذى تجب به الكفارة أن يعزم على وطئها) لقوله عليه الصلاة والسلام « ولا تعد حتى تكفر » نهى عن الوطء إلى غاية التكفير فتنهى حرمة الوطء بالتكفير (وينبغى لها أن تمنع نفسها منه لأنه حرام وتطالبه بالكفارة ويجبره القاضى عليها) إيفاء لحقها ، وكل ما لا يصدق القاضى فيه لا يسع المرأة أن تصدقه فيه ، فلو قال أردت الإخبار عما مضى بكذب لم يصدق قضاء وصدق ديانة ؛ ولو قال : أنا منك مظاهر ، أو ظاهرت منك يصير مظاهرا لأنه صريح فيه ؛ ولو شبهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه أو بابتة مزنيته فهو مظاهر عند أبى يوسف خلافا لحمد بناء على أن القاضى إذا قضى بجواز نكاحها ينفذ عند محمد خلافا لأبى يوسف . وسئل محمد عن المرأة تقول لزوجها : أنت على كظهر أمى ؟ قال : ليس بشىء ، لأن المرأة لا تملك التحريم كالطلاق . وسئل أبو يوسف فقال : عليها الكفارة ، لأن الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهى من أهل الكفارة فصحت أن توجبها على نفسها . وسئل الحسن بن زياد فقال : هما شيخان الفقه أخطئا ، عليها كفارة يمين ، لأن الظهار يقتضى التحريم فكأنها قالت لزوجها : أنت على حرام ، فيجب عليها كفارة يمين إذا وطئها (ولو قال : أنت على مثل أمى أو كأمى)

فَإِنْ أَرَادَ الْكَرَامَةَ صُدِّقَ ، وَإِنْ أَرَادَ الظَّهَارَ فَظَهَارٌ ، وَإِنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ وَلَوْ قَالَ لِنِسَائِهِ : أَنْتَنَ عَلَى كَظْهَرِ أُمِّي فَعَلَيْتَنِي لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ ، وَإِنْ ظَاهَرَ مَتَاهَا مِرَارًا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي مَجَالِسَ فَعَلَيْتَنِي لِكُلِّ ظَهَارٍ كَفَّارَةٌ .
وَالْكَفَّارَةُ عِتْقُ رَقَبَةٍ يُجْزَى فِيهَا مُطْلَقُ الرَّقَبَةِ السَّلِيمَةِ ، وَلَا يُجْزَى الْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ

فهو كناية يرجع إلى نيته (فإن أراد الكرامة صدق) لأن ذلك من احتمالات كلامه وهو مشهور بين الناس (وإن أراد الظهار فظهار) لأنه شبهها بجميعها ، وفي ذلك تشبيه بالعضو المحرم فيصبح عند نيته (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) وبصير تشبيها لها في الحرمة كأنه قال : أنت على حرام (وإن لم يكن له نية فليس بشيء) لأنه كناية يحتمل وجوها فلا يتعين أحدها إلا بمرجح . وقال محمد : هو ظهار لأنه تشبيه حقيقة والتشبيه بالعضو ظهار ، فالتشبيه بالكل أولى . وعن أبي يوسف إن كان في حالة الغضب فهو ظهار ، وإن غنى به التحريم فهو إيلاء لإثباتا لأدنى الحرمتين . وعند محمد ظهار ، وقيل ظهار بالإجماع . وإن نوى الكذب قال محمد في نوادر هشام : يدين إلا أن يكون في حالة الغضب فهو يمين ؛ وإن قال : أنت على حرام كأبي ونوى ظهارا فظهار للتشبيه ، وإن نوى طلاقا فطلاق للتحريم ، وإن نوى التحريم فظهار ، وإن لم يكن له نية فإيلاء . وعند محمد ظهار وقد مر وجهها (ولو قال لنسائه : أنتن على كظهر أُمي فعليه لكل واحدة كفارة) لأنه يصير مظاهرا من كل واحدة منهن بإضافة الظهار إليهن ، كما إذا قال : أنتن طوالق تطلق كل واحدة منهن ، وإذا كان مظاهرا من كل واحدة منهن تثبت الحرمة في كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعدد الحرمة (وإن ظاهرها مِرَارًا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي مَجَالِسَ فَعَلَيْتَنِي لِكُلِّ ظَهَارٍ كَفَّارَةٌ) كما في تكرار اليمين . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا قال لامرأته : أنت على كظهر أُمي مائة مرة وجبت عليه مائة كفارة وهو حالف مائة مرة .

فصل

(والكفارة عتق رقبة) قبل المسيس للنص (يجزى فيها مطلق الرقبة السليمة) فينطلق على المسلم والكافر والذكر والأنثى والصغير والكبير عملا بالإطلاق ، وهو قوله تعالى - فتحرير رقبة - والرقبة عبارة عن الذات المرفوعة المملوكة من كل وجه ، وعند الإطلاق ينصرف إلى السليمة ، فمن قيدها بوصف زائد فقد زاد على النص فإرد عليه . قال (ولا يجزى المدبر وأم الولد) لأن الرق فيهم ناقص لاستحقاقهم العتق بجهة أخرى ،

وَالْمُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّى بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، وَلَا مَقْطُوعُ الْيَدَيْنِ أَوْ لَاهِبَاهُمَا
أَوْ الرَّجْلَيْنِ ، وَلَا الْأَعْمَى وَلَا الْأَصَمُّ وَلَا الْأَخْرَسُ وَلَا الْمَجْنُونُ الْمُطْبِقُ وَلَا
مَعْتَقُ الْبَعْضِ ، وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ يَتَوَى الْكَفَّارَةَ أَجْزَاهُ ؛ وَإِنْ أَعْتَقَ
نِصْفَ عَبْدِهِ ثُمَّ جَامَعَهَا ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ لَمْ يُجْزِهِ (سم) ، وَإِنْ لَمْ يُجَامِعْ بَيْنَ
الْإِعْتَاقَيْنِ أَجْزَاهُ ؛

(و) لا (المكاتب الذي أدى بعض كتابته) لأنه يشبه العتق ببدل ، ويجوز المكاتب الذي
لم يؤد شيئاً ، لأن الرق قائم به ، قال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم »
وما ذكرناه من المعنى فيمن أدى البعض منتف ، على أنه روى عن أبي حنيفة أنه يجوز من
أدى البعض أيضاً لأنه عبد بالحديث حتى لو فسخت الكتابة عاد رقيقاً ، بخلاف أم الولد
والمدير فإن ذلك لا يفسخ أصلاً . قال (ولا مقطوع اليدين أو لاهباهما أو الرجلين ، ولا
الأعمى ولا الأصم ولا الأخرس ولا المجنون المطبق) لأن جنس المنفعة نفوت في هؤلاء ،
وهو البطش والسعي والسمع والبصر والانتفاع بالحوارج بالعقل والمجنون فائت المنفعة ،
وبطش اليدين بالإيهامين بفقرتهما نفوت جنس المنفعة وأنه مانع ؛ لأن قيام الرقية بقيام المنفعة
وإذا فأت جنس المنفعة صارت الرقية هالكة من وجه فكانت ناقصة فلا يتناولها الاسم ،
أما إذا احتلت المنفعة فليس بمانع ، لأن العيب القليل ليس بمانع لتعذر الاجتزاز عنه ،
وذلك كالأعور ومقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين من خلاف ، ولا يجوز إذا
قطعا من جانب واحد لفوات جنس منفعة الشيء ، ولا يجوز المعتوه والمفلوج اليابس
الشق لما بينا ، وثلاثة أصابع من اليد لها حكم الكل ، ويجوز عتق الحصى والمحجوب لأن
ذلك يزيد القيمة لا ينقصها ، ويجوز مقطوع الأذنين لأنه لا ضرر فيه ، ويجوز مقطوع
الشفتين إن كان يقدر على الأكل وإلا فلا (ولا) يجوز (معتق البعض) لأنه ليس برقة
كاملة . قال (وإن اشترى أباه أو ابنه يتوى الكفارة أجزاه) لأن شراء القريب إعتاق ،
قال عليه الصلاة والسلام « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه » أخبر
عليه الصلاة والسلام أن الابن قادر على إعتاق الأب فيكون قادراً تصديقا له فيما أخبر ،
ولا يقدر على إعتاقه قبل الشراء لعدم الملك ولا بعد الشراء لأنه يعتق عليه بالشراء ، فيكون
نفس الشراء إعتاقاً ، فإذا نوى بالشراء الكفارة يصير إعتاقاً عن الكفارة فيصح ويجزئه
(وإن أعتق نصف عبده ثم جامعها ثم أعتق باقيه لم يجزه) عنده . وعندهما يجزئه بناء على
تجزئ الإعتاق ، فعندهما لما أعتق نصفه كان إعتاقاً للجميع ، وعنده لا فقد أعتق النصف
قبل المسيس والنصف بعده ، والشرط أن يكون الإعتاق قبل المسيس فلا يجزئه فيستأنف
عتق رقة أخرى (وإن لم يجمع بين الإعتاقين أجزاه) بالإجماع ، أما عندهما فظاهر ،

وَالْعَبْدُ لَا يُجْزئُهُ فِي الظَّهَارِ إِلَّا الصَّوْمُ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَا يَغْنِقُ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا رَمَضَانُ وَيَوْمَا الْعِيدِ وَأَيَّامُ الْبَشْرِيقِ ، فَإِنْ جَامَعَهَا فِي الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا بَعْدَ أَوْ بَغِيرِ عُدْرٍ اسْتَقْبَلَ (س) ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مَسْكِينًا ، وَيُطْعَمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ أَوْ قِيمَةِ ذَلِكَ ، فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَاهُمْ جَازَ ،

وأما عنده فلأنه أعنته بكلامين ، وما حصل فيه من النقص حصل بسبب الإعتاق للكفارة وأنه غير مانع ، كما إذا أصابت السكين عين شاة الأضحية وقد أضجعها للذبح ؛ وعلى هذا لو أعنت نصف عبد مشترك لا يجزئه موسرا كان أو معسرا بناء على ما مر ، وعندهما إن كان موسرا أنجزه ، لأنه يملك نصيب شريكه بالضمآن وكان معتقا للكل ، وإن كان معسرا لا يجزئه ، لأن السعاية وجبت للشريك في نصيبه فلم يوجد منه غنق الجميع . قال (والعبد لا يجزئه في الظهار إلا الصوم) لأنه عاجز عن الإعتاق والإطعام لأنه لا يملك شيئا . قال عليه الصلاة والسلام « لا يملك العبد إلا الطلاق » . قال (فان لم يجد) المظاهر (ما يغنق صام شهرين متتابعين) لقوله تعالى - فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا - . قال (ليس فيهما رمضان ويوما العيد وأيام التشريق) أما رمضان فلأنه يقع عن القرض لتعينه على ما مر في الصوم فلا يقع عن غيره ؛ وأما الباقي فلأن الصوم فيها حرام فكان ناقصا فلا يتأدى به الواجب . قال (فإن جامعها في الشهرين ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا بعذر أو بغير عذر استقبل) لقوله تعالى - من قبل أن يتأسا - وقال أبو يوسف : إن جامع ليلا عامدا أو نهارا ناسيا لم يستأنف لأن ذلك لا يمنع التتابع حتى لا يفسد به الصوم . وجوابه أن النص شرط كونه قبل المسيس وأنه ينعدم بالمسيس فيستأنف ، ولو حاضت المرأة في كفارة الصوم لاستقبل . وإن أفطرت لمرض استقبلت ، ولو حاضت في كفارة اليمين استقبلت ، لأن الحيض يتكرر في كل شهر ولا كذلك المرض . وعن محمد : لو صامت شهرا ثم حاضت ثم أيست استقبلت . وعن أبي يوسف : لو حبلت في الشهر الثاني بنت ، ومن له دين ليس له غيره ولا يقدر على استخلاصه كفر بالصوم ؛ ولو حث موسرا ثم أعسر أو بالعكس فالمعتبر حالة التكفير ، ولو أيسر في خلال الصوم أعنت كالمقيم إذا وجد الماء في صلاته . قال (فإن لم يستطع الصيام أطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى - فن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - (ويطعم كما ذكرنا في صدقة الفطر) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سهل بن صخر أو أوس بن الصامت « لكل مسكين نصف صاع من بر » ولأنه لحاجة المسكين في اليوم فاعتبرت بصدقة الفطر : قال (أو قيمة ذلك) لما مر في دفع القيم في الزكاة . قال (فإن غداهم وعشاهم جاز) قال تعالى - فإطعام ستين مسكينا - وهو المتمكين

وَلَا يَنْعَقُ وَصَامَ عَنْ كَفَّارَتِي ظَهَارٍ فَلَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّمَا شَاءَ .

باب اللعان

وَيَجِبُ بِقَذْفِ الزَّوْجَةِ بِالزَّنا أَوْ بِنَقْضِ الْوَلَدِ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ مَنْ يُحَدِّثُ قَاذِفُهَا وَطَالِبَتُهُ بِذَلِكَ ،

ذلك عن ظهار وإفطار أجزأه عنهما بالإجماع ، وعليه قياس محمد رحمه الله ، وهذا لأن بالموثوق وفاء بهما ، والمصروف إليه محلّ لهما فيقع عنهما وصار كما إذا فرّق الدفع : ولهما أن النية تعتبر في الجنسين لأني جنس واحد ، وإذا لغت النية في الجنس الواحد بقي أصل النية فيجزى عن الواحدة كما إذا قال عن كفارة ظهار (وإن أعنتى وصام عن كفارتي ظهار فله أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) لأن النية معتبرة عند اختلاف الجنس .

باب اللعان

وهو مصدر لاعن يلاعن ملاءنة كقاتل يقاتل مقاتلة ، والملاءنة مفاعلة من اللعن ، ولا يكون هذا الوزن إلا بين اثنين ، إلا ما شذّ كراهقت الحلم وطارقت النعل وعاقبت اللص ونحوه ، وهو لفظ عام . وفي الشرع هو مختصّ بملاءنة تجري بين الزوجين بسبب مخصوص بصفة مخصوصة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى ، وهو شهادات مؤكّدة بالآيمان موثقة باللعن والغضب من الله تعالى كما نطق به الكتاب ، وقد كان موجب القذف في الحدّ في الأجنبية والزوجة بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية فنسخ في الزوجات إلى اللعان بقوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم - الآية . وسبب ذلك ما روى ابن عباس رضي الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته خولة بشريك بن السمحاء عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : رأيت بعيني وسمعت بأذني ، فاشتدّ ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد بن عباد : الآن يضرب هلال وتردّ شهادته ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : البيّنة أو حدّ في ظهرك ، فقال : يا رسول الله إذا رأي أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البيّنة ، فجعل صلى الله عليه وسلم يقول : البيّنة أو حدّ في ظهرك ، فقال هلال : والذي بعثك بالحقّ إني لأصادق ولينزلنّ الله ما يرى ظهري من الحدّ ، فنزل - والذين يرمون أزواجهم - إلى قوله - إن كان من الصادقين - فلاعن عليه الصلاة والسلام بينهما ، وقال عند ذكر اللعنة والغضب : آمين ، وقال القوم : آمين . » قال (ويجب بقذف الزوجة بالزنا) لما تلونا (أو بنى الولد) لأنه في معناه . قال (إذا كانا من أهل الشهادة وهي ممن يحدّ قاذفها وطالبته بذلك) لأن الركن فيه الشهادة . قال تعالى

فَلَمَّ امْتَنَعَ مِنْهُ حُبْسٌ حَتَّى يُلَاعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ فَيُحَدِّ ، فَإِذَا لَاعَنَ وَجَبَ عَلَيْهَا اللَّعَانُ ، وَتُحْبَسُ حَتَّى تُلَاعِنَ أَوْ تُصَدِّقَهُ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ يَمْنُ لَا يُحَدُّ قَاضِيهَا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا لِعَانٍ وَيُعْزَرُ .

- ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم - . والشهادة لا تكون معتبرة إلا إذا صدرت من أهلها ، فوجوب الشهادة عليهما اشتراط كونهما من أهل الشهادة ، ولا بد من أن تكون من يحد قاضيا ، لأن اللعان في حقها كحد القذف لما أن اللعان عقوبة ، فإن كان كاذبا التحق به كالحد حتى لا تقبل شهادته بعد اللعان أبدا ، وهو في حقها كحد الزنا لأن الغضب في حقها من الله تعالى عقوبة شديدة يلتحق بها إن كانت كاذبة فقام مقام حد الزنا ، ولهذا لا يثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ، ولا بكتاب القاضي ، ولا بشهادة النساء كالحلود ، ولا بد من طلبها لها لأن الحق كما في حد القذف . وشرط اللعان قيام الزوجية بينهما بنكاح صحيح دون القاسد ، لأن مطلق الزوجية ينصرف إلى الصحيح . قال (فإن امتنع منه حبس حتى يلاعن) لأنه يحد وجب عليه فيحبس فيه لبقدرته عليه (أو يكذب نفسه فيحد) لأنه إذا أكذب نفسه سقط اللعان ، وإذا سقط اللعان وجب عليه الحد ، لأن القذف لا يخلو عن موجب ، فإذا سقط اللعان صرنا إلى حد القذف ، إذ هو الأصل (فإذا لاعن وجب عليها اللعان) بالنص (وتحبس حتى تلاعن) لما بينا (أو تصدقه) فلا حاجة إلى اللعان ولا يجب عليها حد الزنا ، لأن من شرطه الأقارير الأربعة عندنا على ما يأتي بيانه ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله تحد لأن الزاني يحد عنده بالإقرار مرة واحدة ، ويتبدى في اللعان بالزوج لأنه هو المدعى ، ولأنه عليه الصلاة والسلام بدأ بالزوج ، فلما اتعنا فرق بينهما ، فإن التعت المرأة أولا ثم الزوج أعادت ليكون على الترتيب المشروع ، فإن فرق بينهما قبل الإعادة جاز لأن المقصود تلاعنهما وقد وجد . قال (وإذا لم يكن الزوج من أهل الشهادة) بأن كان عبدا أو محدودا في قذف أو كافرا (فعليه الحد) لأن اللعان امتنع لمعنى من جهته فيرجع إلى الموجب الأصلي (وإن كان من أهل الشهادة وهي ممن لا يحد قاضيا) بأن كانت أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حد عليه ولا لعان) لأن المانع من جهتها فصار كما إذا صدقته (ويعزر) لأنه آذاها وألحق الشين بها ولم يجب الحد فيجب التعزير حسا لهذا الباب ، ولو كانا محدودين في قذف حد لأن اللعان امتنع من جهته لأنه يبدأ به وهو ليس من أهل الشهادة ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « أربعة لالعان بينهم وبين نساؤهم : اليهودية والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرّة تحت المملوك » وفي رواية « والمسلم تحت كافرة ، والكافر

فَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ بِوَلَدٍ نَتَقَى الْقَاضِي نَسَبَهُ وَالْحَقُّهُ بِأُمِّهِ ، وَإِذَا قَالَ : حَتَمْتُكَ
لَيْسَ مِثْنِي فَلَا لِعَانَ (سم) .

نفسه حدة القاضي وعاد خاطبا ، وعنده لا لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » ولنا أنه إذا أكذب نفسه لم يصيرا متلاعنين ولا يبقى حكمه ، ولهذا وجب عليه الحد بالإكذاب ، ولأن اللعان شهادة وهي تبطل بتكذيب الشاهد نفسه فلم يبقيا متلاعنين لاحقية ولا حكما فلم يتناولهما النص . قال (فإن كان القذف بولد نفي القاضي نسبه وألحقه بأمه) لأنه عليه الصلاة والسلام نفي ولد امرأة هلال وألحقه بأمه . وإذا قذف الإغمى امرأته العمياء أو الفاسق امرأته يجب اللعان لأنهما من أهل الشهادة ؛ ولو كان أحدهما أخرس لاحد ولا لعان لأنه ليس من أهل الشهادة ؛ ولو خرص أحدهما أو ارتد أو أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد للقذف ، أو وطئت حراما بعد اللعان قبل التفريق بطل اللعان ولا حد ولا تفريق ، لأن مامنع الوجوب منع الإمضاء لوجود الشبهة ؛ ولو وطئت بشبهة فقتلها زوجها لاللعان عليه ولا حد على قاذفها . وعن أبي يوسف أنه رجع وقال : يجب اللعان والحد لأنه وطء يجب فيه المهر ويثبت النسب . وجه الظاهر أنه وطء في غير ملك فأشبه الزنا وصار شبهة في إسقاط الحد عن القاذف ؛ ولو قذفها ثم وطئت حراما لاللعان بينهما لما بينا ، ولو لم يفرق الحاكم بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما . وقال محمد : لا يستقبل لأن اللعان قائم مقام الحد فصار كإقامة الحد حقيقة ؛ وذلك لايؤثر فيه عزل الحاكم وموته . ولهما أن تمام الإمضاء في التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال ؛ ولو أطلقها بعد القذف ثلاثا أو باثنا فلا حد ولا لعان ، ولو كان رجعا لاعتن لقيام الزوجية ؛ ولو تزوجها بعد الطلاق البائن فلا لعان ولا حد بذلك القذف ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا يازانية فعليه الحد دون اللعان لأنه قذف أجنبية ؛ ولو قال : يازانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان ، لأنه أطلقها ثلاثا بعد وجوب اللعان فسقط بالبينة ؛ ولو قذف أربع نسوة لاعتن مع كل واحدة منهن ؛ ولو قذف أربع أجنبيات حد لمن حدّا واحدا ، والفرق أن المقصود في الثانية الزجر ، وهو يحصل بحد واحد ، أما الأول فالمقصود باللعان دفع العار عن المرأة وإبطال نكاحها عليه وذلك لا يحصل بللعان واحد . قال (وإذا قال : ليس حملك مني فلا لعان) وقالوا : إن ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم القذف يجب اللعان لأنها تيقنا بقيام الحمل يومئذ ، وله أنه يومئذ لم يتيقن بقيام الحمل فلم يصير قاذفا ، وإذا لم يكن قاذفا في الحال يصير كأنه قال : إن كان بك حمل فليس مني ولا يثبت حكم القذف إذا كان معلقا بالشرط ، وأجمعوا أنه لا ينتفى نسب الحمل قبل الولادة لأنه حكم عليه ولا حكم على الجنين قبل الولادة كالإرث والوصية ؛ ولو نفي ولد زوجته الحرة فصدمته

وَيَصِيحُ نَفْيُ الْوَلَدِ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ وَفِي حَالَةِ التَّهْنِئَةِ وَابْتِغَاءِ آلَةِ الْوِلَادَةِ
فِيْلَاعِنُ وَيَنْفِيهِ الْقَاضِي ، وَبَعْدَ ذَلِكَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَيْلَاعِنُ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا
فَعَلِمَ فَكَأَنَّمَا وَلَدَتْ حَالَهُ عَلَيْهِ ، وَمَنْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ
فَاعْتَرَفَ بِالْأَوَّلِ وَتَقَى الثَّانِي ثَبَّتَ نَسَبُهُمَا وَلَا عِنَ ، وَإِنْ عَكَسَ فَتَقَى الْأَوَّلَ
وَأَعْتَرَفَ بِالثَّانِي ثَبَّتَ نَسَبُهُمَا وَحَدَّ :

فلا حدّ ولا لعان وهو ابنهما لا يصدقان على نفيه ، لأن النسب حقّ الولد والأم لا تملك
إسقاط حقّ ولدها فلا ينتفى بتصديقها ، وإنما لم يجب الحدّ واللعان لتصديقها لأنه لا يجوز
لها أن تشهد أنه لمن الكاذبين وقد قالت إنه لصادق ، وإذا تعذّر اللعان لا ينتفى النسب .
قال (ويصحّ نفي الولد عقيب الولادة وفي حالة التهنية وابتغاء آلة الولادة فيلاعن وينفيه
القاضي وبعد ذلك يثبت نسبه ويلاعن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه مقدّر بسبعة أيام
لأن أثر الولادة والتهنية فيها اعتبارا بالعقيقة ، وقالوا : يصحّ نفيه في مدة النفاس لأنه أثر
الولادة ، وله أن الزوج لو نفاه عقيب الولادة انتفى بالإجماع ، ولو لم ينفيه حتى طالّت المدة
لم يكن له نفيه بالإجماع فلا بدّ من حدّ فاصل ، ومعلوم أن الإنسان لا يشهد عليه بنسب
ولده ، وإنما يستدلّ على ذلك بقبوله التهنية وابتغاء متاع الولادة وقبول هدية الأصدقاء ،
فاذا فعل ذلك أو مضى مدة يفعل فيه ذلك عادة وهو ممسك كان اعترافا ظاهرا فلا يصحّ
نفيه بعده . قال (وإن كان غائبا فعلم فكأنها ولدت حال علمه) معناه : أنه يصحّ نفيه
عندهما في مدة النفاس بعد العلم . وعنده مدة التهنية على ما بينا ، لأنه لا يجوز أن يلزمه النسب
مع عدم علمه فصار حال علمه كحالة الولادة على الأصلين . وعن أبي يوسف إن علم
قبل الفصال فهو مقدّر بمدة النفاس وبعده ليس له أن ينفيه ، لأن قبل الفصال كدّة النفاس
حيث لم ينتقل عن غذائه الأوّل وبعده ينتقل ويخرج عن حالة الصغر فيقبح نفيه كما لو بقى
شيخا . قال (ومن ولدت ولدين في بطن واحد فاعترف بالأوّل ونفى الثاني ثبت نسبهما
ولاعن ، وإن عكس فنفي الأوّل واعترف بالثاني ثبت نسبهما وحدّ) أما ثبوت النسب
فالأثبات توءمان خلقا من ماء واحد ، فتى ثبت نسب أحدهما باعترافه ثبت نسب الآخر
ضرورة . وأما اللعان في الأولى والحدّ في الثانية فلا لأنه لما نفي الثاني لم يكن مكذبا نفسه
فيلاعن ، وفي الثانية لما نفي الأوّل صار مكذبا نفسه باعترافه الثاني فيحدّ ، ولو قال
في المسئلة الثانية : هما ابنى لا يحدّ ولا يكون تكذيبا لأنه صادق لهما لزمه من طريق
الحكم فكان مخبرا عما ثبت بالحكم .

باب العدة

عِدَّةُ الْحُرَّةِ الَّتِي تَحِيضُ فِي الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَلَاثَ حِيضٍ ،
وَالصَّغِيرَةِ وَالْأَيَّسَةِ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ؛ وَعِدَّتُهُنَّ فِي الْوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةٌ
أَيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الْأُمَةِ فِي الطَّلَاقِ حِيضَتَانِ ، وَفِي الصَّغَرِ وَالْإِيَّاسِ شَهْرٌ وَنِصْفٌ ؛
وَعِدَّتُهُمَا فِي الْوَفَاةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الْكُلِّ فِي الْحَمْلِ وَضَعُهُ ؛

باب العدة

وهو مصدر عده يعده ، وسئل عليه الصلاة والسلام « متى تكون القيامة ؟ قال : إذا
تكاملت العدتان » أي عدة أهل الجنة وعدة أهل النار : أي عددهم ، وسمى الزمان الذي
تربص فيه المرأة عقب الطلاق والموت عدة لأنها تعد الأيام المضروبة عليها وتنتظر أو ان
الفرج الموعود لها . والأصل في وجوبها قوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة
قروء - وقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر
وعشرا - وقوله - واللاتي يئن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي
لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن
وأحصوا العدة - وهي ثلاثة أنواع : الحيض ، والشهور ، ووضع الحمل ، وبكل ذلك
نطق الكتاب . ونجى بثلاثة أشياء : بالطلاق ، وبالوفاة ، وبالوطء على ما نبينه إن شاء الله
تعالى . قال (عدة الحرة التي تحيض في الطلاق والفسخ بعد الدخول ثلاث حيض ،
والصغيرة والأيسة ثلاثة أشهر ؛ وعدتهن في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) لما تلونا من
الآيات ؛ والفرقة بالفسخ كالطلاق ، لأن العدة للتعرف عن براءة الرحم وأنه يشملهما
(وعدة الأمة في الطلاق حيضتان) لقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها
حيضتان » (وفي الصغر والإيَّاس شهر ونصف) لأن الرق منصف إلا أن الحيضة لا تنجز
فكملت احتياطا ، وقد قال عمر رضي الله عنه : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا . أما
الشهر فيتجزى فجعلناه شهرا ونصفا (وعدتها في الوفاة شهران وخمسة أيام) لما بينا (وعدة
الكل في الحمل وضعه) لعموم قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -
ولأن المقصود التعرف عن براءة الرحم ولا براءة مع وجود الحمل ولا شغل بعد وضعه ،
وليه الإشارة بقول عمر رضي الله عنه : لو وضعت وزوجها على سريريه لانقضت عدتها وحل
لها أن تزوج ، وعن ابن مسعود رضي الله عنه : من شاء باهله أن سورة النساء القصوى :
يعني سورة الطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - نزلت بعد التي

بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ الصَّغِيرَةَ ثُمَّ رَأَتْهُ فِي خِلَالِ الشَّهْرِ اسْتَأْنَفَتْ بِالْحَيْضِ ؛ وَلَوْ
اعْتَدَّتْ بِمَحِيضَةٍ أَوْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أَيْسَتْ اسْتَأْنَفَتْ بِالشُّهُورِ .
وَابْتَدَأَ عِدَّةَ الطَّلَاقِ عَقِيْبَهُ وَالْوَفَاةِ عَقِيْبَهَا ، وَتَنْقِضِي بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ .
وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِهِمَا ؛

بعد ذلك أو الصغيرة ثم رأتها في خلال الشهر استأنفت بالحيض (أما الآية فلأن بالعبادة .
علمنا أنها غير آيسة . وأن عدتها الحيض وصارت كالمتد طهرها فتستأنف ، وأما الصغيرة .
فلأن الجمع في عدة واحدة بين الحيض والأشهر ممتنع ، لما فيه من الجمع بين البذل
والمبذل ، ولأنه لم يرد به أثر ولم يقل به بشر ، وقد تعدد الاعتداد بالأشهر فنعين الحيض ؛
أو نقول الأشهر خلف عن الحيض وقد قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف .
فيجب عليها كالتيمم إذا وجد الماء في صلاته (ولو اعتدت بمحيضة أو حيضتين ثم أيست
استأنفت بالشهور) لما بينا .

فصل

الأقراء : الحيض ، وهو قول أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي الذرراء .
وابن الصامت وجماعة من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين . وقال زيد بن ثابت وعبد الله
ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم : إنها الأطهار ، وحاصله أن اسم القرء يقع على الحيض
والطهر جميعا لغة حقيقة ، يقال : أقرأت المرأة إذا حاضت ، وأقرأت إذا طهرت ، وأصله
الوقت لحجى الشيء وذهابه ، يقال : رجع فلان لقرئه : أى لوقته الذى يرجع فيه ، وثمرة
الخلاف تظهر في انقضاء العدة ؛ فن قال إنها الحيض يقول : لا تنقضى إلا باستكمال
ثلاث حيض ، ومن قال إنها الأطهار يقول : إذا شرعت في المحيضة الثالثة انقضت العدة ،
والحمل على الحيض أولى بالنص والمعقول . أما النص فقولُه عليه الصلاة والسلام للمستحاضة
« دعى الصلاة أيام أقرائك » وإنما ترك الصلاة أيام الحيض بالإجماع ، وقوله عليه الصلاة
والسلام « عدة الأمة حيضتان » والمعقول أنه ذكره بلفظ الجمع ؛ فن قال إنه للحيض قال :
لا بد من ثلاث حيض فيتحقق الجمع ، ومن قال إنه الأطهار لا يتحقق الجمع على قوله ،
لأن الطلاق لو وقع في آخر الطهر انقضت العدة بطهرين آخرين وبالشروع في الثالث
فلا يوجد الجمع ، والعمل بما يوافق لفظ النص أولى . قال (وابتداء عدة الطلاق عقيب
والوفاة عقيبها وتنقضى بمضى المدة وإن لم تعلم بهما) لأن الطلاق والوفاة هو السبب فيعتبر
ابتداؤها من وقت وجود السبب ، وإن أقر أنه طلق امرأته من وقت كذا فكذبته أو قالت
لأدري وجبت العدة من وقت الإقرار ويجعل هذا لإنشاء احتياطا ، وإن صدقته فن وقت .

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ ، وَلَا بِأَسَ بِالْتَّعْرِيزِ ،

وعلى قياس قول أبي يوسف خمسة وستون ، وفي الأمة على رواية محمد خمسة وستون ، ورواية الحسن خمسة وسبعون ، وعن أبي يوسف سبعة وأربعون ، وعن محمد ستة وثلاثون وثلاث ساعات ، ويعرف ذلك لمن يتأمله بتوفيق الله تعالى . ثم إن وقع الطلاق للآيسة والصغيرة أو الموت غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة بالإجماع وإن نقص عددها ، وإن وقع ذلك في وسط الشهر تعتبر بالأيام فتتعد في الطلاق بتسعين يوما ، وفي الوفاة مائة وثلاثين يوما وهو رواية عن أبي يوسف ، وروى عنه وهو قول محمد تعتد بقية الشهر بالأيام وتكمله من الشهر الرابع ، وتعتد بشهرين فيما بينهما بالأهلة ، لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة إلا عند التعذر ، وقد تعذر في الأول فيعمل فيه بالأيام لأنها كالبدل عن الأهلة ، ويعمل في الباقي بالأصل . ولأبي حنيفة أنه لا يدخل الشهر الثاني ولا يعد إلا بعد انقضاء الأول ، ولا انقضاء للأول إلا بعد استكمال الأول من الثاني ، وهكذا الثاني مع الثالث فتعذر اعتبار الأهلة في الكل ، وعلى هذا مدة الإيلاء واليمين إذا حلف لا يفعل كذا سنة والإجراءات ونحوها ، وإذا قالت : انقضت علقى صدقت لأنها أمانة فإن كذبها الزوج حلفت كالمدّوع . واختلف أصحابنا في حدّ الإياس ، قال بعضهم : يعتبر بأقرانها من قرابتها ، وقيل يعتبر بتركيبها لأنه يختلف بالسمن والهزال . وعن محمد أنه قدره بستين سنة . وعنه في الروميات بخمس وخمسين ، وفي المولدات ستين ، وقيل خمسين سنة ، والفتوى على خمس وخمسين من غير فصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وعنه أيضا ما بين خمس وخمسين إلى ستين . وذكر محمد في نوادر الصلاة : العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض إذا لم يكن عن آفة . وقال محمد بن مقاتل الرازي : هذا إذا لم يحكم بإياسها ، فأما إذا حكم بإياسها ثم رأت الدم لا يكون حيضا وهو الصحيح . والمرأة إذا لم تحض أبدا حتى بلغت مبلغا لا يحض فيه أمثالها غالبا حكم بإياسها . وذكر في الجامع الصغير : إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها . قال (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة) لقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء - المراد به المعتدات بالإجماع ، لأن الله تعالى نهي الجناح في التعريض وأنه يدل على أن تركه أولى فيلزم كراهة التصريح بطريق الأولى (ولا بأس بالتعريض) لأنه تعالى نهي الجناح فإنه دليل الإباحة . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام دخل على أم سلمة وهي في العدة فذكر منزلته من الله تعالى وهو متحامل على يده حتى أثر الحصى على يده من شدة تحامله عليها وأنه تعريض ، والتعريض مثل أن يقول : إني فيك لراغب ، وأود أن أتزوجك ، وإن تزوجتك لأحسن إليك ، ومثلك من يرغب فيه ويصلح للرجال ونحوه . وعن النخعي لا بأس بأن يهدى إليها ويقوم بشغلها في العدة

وَعَلَى الْمُعْتَدَةِ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ عَنْ وَفَاةٍ أَوْ طَلَاقٍ بَائِنٍ إِذَا كَانَتْ بِالْغَةِ
مُسْلِمَةً حُرَّةً أَوْ أَمَةً الْحِدَادُ ، وَهُوَ تَرْكُ الطَّيِّبِ وَالزَّيْنَةِ وَالْكُحْلِ وَالذَّهْنِ
وَالْحِنَاءِ إِلَّا مِنْ عُدْرٍ ؛

إن كانت من شأنه ، والتصريح قوله : أنكحك ، وأتزوج بك ونحوه وأنه مكروه ،
قال تعالى - ولكن لاتواعدوهن سرا - قال عليه الصلاة والسلام « السرّ النكاح » وهذا
كله في المبتوتة (١) والمتوفى عنها زوجها . أما المطلقة الرجعية فلا يجوز التصريح ولا التلويح
لأن نكاح الأول قائم على ما بينا .

فصل

(وعلى المعتدة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرة
أو أمة الحداد) ويقال الإحداد . والأصل فيه ما روى « أن امرأة مات عنها زوجها فجاءت
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الانتقال فقال : كانت إحداكن تمكث في أشرّ
أحلاسها إلى الحول ، أفلا أربعة أشهر وعشرا ؟ » فدل أنه يلزمها أن تقيم في شرّ أحلاسها أربعة
أشهر وعشرا . وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ
على ميت ثلاثة أيام فافوقها إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا » وروى « أنه عليه الصلاة
والسلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » وأنه عام في كل معتدة ،
ولأنه لما حرم عليها النكاح في العدة أمرت بتجنب الزينة حتى لاتكون بصفة الملتزمة
للأزواج وأنه يعمّ الفصلين ، ولأنها وجبت إظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي
كان سبب مثنوتها وكفائها من النفقة والسكنى وغير ذلك ، وأنه موجود في المبتوتة والمتوفى
عنها . قال (وهو ترك الطيب والزينة والكحل والذهن والحناء إلا من عذر) لهنه عليه
الصلاة والسلام عن الحناء ، وقوله « الحناء طيب » فدلّ على أن الطيب محظور عليها ،
ويدخل فيه الثوب المطيب والمعصفر والمزعفر حتى قالوا : لو كان غسिला لا ينفص جاز
لأنه لم يبق له رائحة ، فإن لم يكن لها إلا ثوب واحد مصبوغ لابس به لأنه عذر ، ولا تمتشط
لأنه زينة ، فإن كان فالأسنان المفرحة دون المضمومة ، ولا تلبس حليا لأنه زينة ، ولا
تلبس قصبا ولا خزانة لأنه زينة . وعن أبي يوسف لابس بالقصب والخزّ الأحمر .
فالحاصل أن ذلك يلبس للحاجة ويلبس للزينة فيعتبر القصد في لبسه ، وقد صحّ « أن النبيّ
عليه الصلاة والسلام لم يأذن للمبتوتة في الاكتحال ، بخلاف حالة التداوى لأنه عذر ،

(١) قوله وهذا كله في المبتوتة ، ليس مذهبا لنا لأن مذهبنا جواز التعريض خاصّ
بالتوفى عنها .

وَلَا تَخْرُجُ الْمَبْتُوتَةُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا ، وَالْمُعْتَدَّةُ عَنْ وَفَاةٍ تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَتَبِيتُ فِي مَنْزِلِهَا ، وَالْأُمَةُ تَخْرُجُ لِحَاجَةِ الْمَوْلَى فِي الْعِدَّتَيْنِ فِي الْوَقْتَيْنِ جَمِيعًا ، وَتَعْتَدُ فِي الْبَيْتِ الَّذِي كَانَتْ تَسْكُنُهُ حَالَ وَقُوعِ الْفُرْقَةِ إِلَّا أَنْ يَنْهَدِمَ أَوْ تُخْرَجَ مِنْهُ أَوْ لَا تَقْدِرَ عَلَى أَجْرَتِهِ فَتَنْتَقِلَ .

فكان ضرورة دون التزين ؛ وكذا إذا خافت من ترك الدهن والكحل حدوث مرض بأن كانت معتادة لذلك يباح لها ذلك . ولا إحداد على صغيرة ولا مجنونة لعدم الخطاب ولأنها عبادة حتى لا تجب على الكافرة ؛ بخلاف الأمة لأنها أهل للعبادات وليس فيها إبطال حق المولى ، وليس في عدة النكاح الفاسد إحداد لأنه لا يتأسف على زواله لأنه واجب الزوال ولأنه نعمة فزواله نعمة . قال (ولا تخرج المبتوتة من بيتها ليلا ولا نهارا) لقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - ولا يخرجن - ولأن نفقتها واجبة على الزوج فلا حاجة لها إلى الخروج كالزوجة ، حتى لو اختلعت على أن لانفقة لها قيل تخرج نهارا لمعاشها ، وقيل لا وهو الأصح ، لأنها اختارت إسقاط نفقتها فلا يؤثر في إبطال حق المختلعة عليها على أن لا سكنى لها لا يجوز لها الخروج . قال (والمعتدة عن وفاة تخرج نهارا وبعض الليل وتبيت في منزلها) لأنه لانفقة لها فتضطر إلى الخروج لإصلاح معاشها وربما امتد ذلك إلى الليل . وعن محمد لأبأس بأن تبيت في غير منزلها أقل من نصف الليل لما بينا (والأمة تخرج لحاجة المولى في العديتين في الوقتين جميعا) لما في المنع من إبطال حقه ، وحق العبد مقدم على حق الله تعالى ، وإن كان المولى بوأها لم تخرج ما دامت على ذلك إلا أن يخرجها المولى ، وكذلك المكاتبه والكتابية تخرج إلا إذا منعها الزوج لصيانة مائه ، والمجنونة والمعنوة كالذمية ، والصبية تخرج لأنها لا يلزمها العبادات ، ولا حق للزوج لأنه لحفظ الولد ، ولا ولد إلا في الطلاق الرجعي ، فلا تخرج إلا باذن الزوج لبقاء الزوجية على ما مر (وتعتد في البيت الذي كانت تسكنه حال وقوع الفرقة) لأنه البيت المضاف إليه بقوله تعالى - من بيوتهن - لأنه هو الذي تسكنه ، وقال عليه الصلاة والسلام للتي قتل زوجها « اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » . قال (إلا أن ينهدم أو تخرج منه أو لا تقدر على أجرته فتنتقل) لما يلحقها من الضرر في ذلك . أما إذا انهدم فلأن السكنى في الحرب لا تأمن على نفسها ومالها ، ثم قيل تنتقل حيث شاءت إلا أن تكون مبهتة فتنتقل إلى حيث شاء الرجل لأنه المخاطب بقوله تعالى - أسكنوهن - وإذا حوّلها الورثة أو صاحب المنزل فهي معذورة في ذلك . وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه نقل ابنته أم كلثوم لما قتل عمر رضي الله عنه لأنها كانت في دار الإمارة وعائشة رضي الله عنها نقلت أختها لما قتل طلحة رضي الله

فصل

أقلُّ مدَّةِ الحملِ ستَّةُ أشهرٍ وأكثرُها سنتانِ ، وإذا أقرَّتْ بانقضاءِ العِدَّةِ ثمَّ جاءتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ من ستَّةِ أشهرٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَلَيْسَتْ أَشْهُرٌ لَا ؛ وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُطَلَّقةِ الرَّجْعِيَّةِ وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ من سَنَتَيْنِ مَا لَمْ تُقَرَّ بِانقضاءِ العِدَّةِ ؛ فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ من سَنَتَيْنِ بَانَ وَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ كَانَ رَجْعَةً ، وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمَبْتُوتَةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لِأَقَلِّ من سَنَتَيْنِ ،

عنه ، ولو طلب منها أكثر من أجرة المثل فلما يلحقها من الضرر ، وصار كئمن الماء للمسافر يجوز له التيمم إذا كان بأكثر من ثمن المثل ، ولو أبانها والمنزل واحد يجعل بينه وبينها ستره ، وكذلك الورثة في الوفاة ، فان لم يجعلوا انتقلت تحرراً عن الفتنة ، وإذا كان المطلق غائباً وطلب أهل المنزل الأجرة أعطتهم باذن القاضي ويصير ديناً على الزوج .

فصل

(أقلُّ مدَّةِ الحملِ ستة أشهر) لما روى أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فهمَّ عثمان بربحها ، فقال ابن عباس : لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، فان الله تعالى يقول - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال - والولادات يرضعن أولادهن حولين كاملين - فبقي لمدة الحمل ستة أشهر . قال (وأكثرها سنتان) لما روى عن عائشة أنها قالت : لا يبق الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفركه مغزل ، وذلك لا يعرف إلا توقيفا إذ ليس للعقل فيه مجال ، فكأنها روتها عن النبي عليه الصلاة والسلام . قال (وإذا أقرَّتْ بانقضاء العِدَّةِ ثمَّ جاءتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ من ستَّةِ أشهرٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ) لأنه ظهر كذبها بيقين فصار كأنها لم تقرَّ به (و) إن جاءتْ بِهِ (لستة أشهر لا) يثبت ، لأنه لم يظهر كذبها فيكون من أجل حادث بعده فلا يثبت نسبه . قال (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ، وإن جاءتْ بِهِ لِأَكْثَرِ من سنتين ما لم تقرَّ بانقضاء العِدَّةِ) لاحتمال الوطء والعلوق في العِدَّةِ بلحواز أن تكون ممتدة الطهر (فإن جاءتْ بِهِ لِأَقَلِّ من سنتين بَانَ) لانقضاء العِدَّةِ (ويثبت النسب) لوجود العلوق في النكاح أو في العِدَّةِ (ولا يصير مُراجِعًا) لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده فلا يصير مُراجِعًا بالشك (وإن جاءتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ كَانَ رَجْعَةً) لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه منه وأنه وطئها في العِدَّةِ حملاً لالحملها على الأحسن والأصلح قال (ويثبت نسب ولد المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لِأَقَلِّ من سنتين) لاحتمال أن الحمل

وَلَا يَثْبُتُ لِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ (ز) ؛ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِ الْمُعْتَدَّةِ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ (سَم) ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ حَبَلٍ ظَاهِرٍ ، أَوْ اعْتِرَافِ الزَّوْجِ ، أَوْ تَصْدِيقِ الْوَرِثَةِ ؛ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِ الْمُطَلَّقَةِ الصَّغِيرَةِ رَجْعِيَّةً (س) كَانَتْ أَوْ مَبْتُوتَةً (س) إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ، وَفِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةِ أَيَّامٍ بِسَاعَةٍ ، وَلَوْ قَالَ كَلَمًا : إِنْ وَلَدَتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ لَمْ تَطْلُقْ (سَم) ،

كان قائما وقت الطلاق فلا يكون الفراش زائلا يبين فيثبت النسب احتياطا (ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا أن يدعيه) لأننا تيقنا بحدوث الحمل بعد الطلاق فلا يكون منه إلا أن يدعيه فيجعل كأنه وطئها بشبهة العدة . وقال زفر : في عدة الوفاة إذا جاءت به بعد انقضائها لسته أشهر لا يثبت ، لأن الشرع حكم بانقضائها بالأشهر فصار كإقرارها . وجوابه أنه لانقضاء العدة وجه آخر وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل عدم الحمل فيها لعدم المحلية فوق الشك في البلوغ . قال (ولا يثبت نسب ولد المعتدة إلا بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، أو حبل ظاهر ، أو اعتراف الزوج ، أو تصديق الورثة) وقالوا : يثبت بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم لقيام العدة ، وهو ملزم للنسب كقيام النكاح . ولأبي حنيفة أنها لو أقرت بوضع الحمل انقضت العدة ، والمنقضى لا يكون حجة فيحتاج إلى إثبات النسب فلا بد من حجة كاملة . أما إذا ظهر الحبل أو اعترف به الزوج فالنسب ثابت قبل الولادة والحاجة إلى التعيين وأنه يثبت بشهادتها ، وكذا إذا اعترف به الورثة بعد الموت . وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه حقهم . وأما النسب فإن كانوا من أهل الشهادة ثبت بشهادتهم ، ولا يثبت في حقهم باعترافهم ويثبت في حق غيرهم تبعاً للثبوت في حقهم . قال (ولا يثبت نسب ولد المطلقة الصغيرة رجعية كانت أو مبتوتة إلا أن تأتي به لأقل من تسعة أشهر ، وفي عدة الوفاة لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام بساعة) وقال أبو يوسف في المبتوتة : يثبت إلى سنتين لأنها معتدة لم تقر بانقضاء العدة ، ويحتمل أن تكون حاملا وصارت كالبالغة . ولهما أنه تعين لانقضاء عدتها جهة واحدة وهي الأشهر ، فإذا مضت حكم الشرع بانقضائها وهو أقوى من الإقرار لاحتمال الخلف في الإقرار دونه . وأما الرجعي ، قال أبو يوسف : يثبت إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا في آخر العدة وهي ثلاثة أشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهي سنتان ؛ ولو ادعت الصغيرة الحبل في العدة فهي كالكبيرة في الحكم لأنه ثبت بلوغها بإقرارها (ولو قال لها : إن ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة بالولادة لم تطلق) وقالوا : تطلق لقوله عليه الصلاة والسلام

وَلَا إِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَبْلِ تَطْلُقُ بِمَجَرَّدِ قَوْلِهَا (سم) ، وَلَوْ قَالَ لِأُمَّتِهِ : إِنْ كَانَ
فِي بَطْنِكَ وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ :

« شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال » فكانت شهادتها حجة في الولادة ، فتكون
حجة فيما يبتنى عليه وهو الطلاق . ولأبي حنيفة أنها ادعت على زوجها الحنث فلا يثبت
إلا ببينة كاملة ، وشهادتها ضرورية في الولادة فلا تعدى إلى الطلاق لأنه ينفك عنه :
قال (وإن اعترف بالحبل تطلق بمجرد قولها) وقالوا : لا بد من شهادة امرأة تشهد بالولادة
لأنها ادعت فلا بد من حجة . وله أنه أقر بالحبل فيكون إقرارا بالولادة لأنه يفضى إليه ،
ولأنه أقر بكونها أمينة فيقبل قولها في رد الأمانة . قال (ولو قال لأُمته : إِنْ كَانَ فِي بَطْنِكَ
وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ) لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، وإنه
يثبت بالقابلة إجماعا .

تم الجزء الثالث من « الاختيار لتعليل المختار »

ويليه :

الجزء الرابع ، وأوله : باب النفقة

فهرس

الجزء الثالث من الاختيار لتعليل المختار

صحيفة	صحيفة
٥٨ كتاب الغصب	٣ كتاب الحوالة
٦٤ فصل في زوائد الغصب	٥ كتاب الصلح
٦٦ كتاب إحياء الموات	١١ كتاب الشركة
٦٩ كتاب الشرب	١٩ كتاب المضاربة
٧٢ فصل في بيان أن كرى الأنهار	٢٣ فصل نفقة المضارب في مال المضاربة
العظام على بيت المال	ما دام في سفره
٧٤ كتاب المزارعة	٢٤ بيان ما تبطل به المضاربة
٧٩ فصل في حكم من سقى أرضه	٢٥ كتاب الوديعة
فسال ماؤه إلى أرض غيره ففرقها	٢٩ كتاب اللقيط
كتاب المساقاة	٣٢ كتاب اللقطة
٨١ كتاب النكاح	٣٥ كتاب الآبق
٨٣ حكم الشهود في النكاح وما يشترط	٣٧ كتاب المفقود
فيهم	٣٨ كتاب الخنثى
٨٤ فصل في المحرمات ، وهي تسعة	٣٩ فصل يؤخذ في الخنثى بالأحوط
أقسام	والأوثق من أمور الدين
٨٩ نكاح المتعة والنكاح المؤقت	٤٠ كتاب الوقف
وحكمهما	٤٥ فصل في حكم ما إذا وقف على
٩٠ فصل في بيان أن عبارة النساء	الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة
معتبرة في النكاح	٤٧ فصل في حكم إجارة الوقف
٩٨ فصل فيما تعتبر الكفاءة به في	٤٨ كتاب الهبة
النكاح	٥١ فصل في المعاني المانعة من الرجوع
١٠١ فصل في المهر	في الهبة
١٠٤ فصل في حكم إذا تزوجها على	٥٣ فصل في العمرى والرقبي
خمر أو خنزير	٥٥ كتاب العارية

صحيفة	صحيفة
١٤٠ تعليق الطلاق	١٠٩ فصل لايحه ز نكاح العبد والأمة
١٤٢ فصل في حكم ما إذا علق الطلاق على مشيئة الله تعالى	والمدير وام الولد إلا باذن المولى
١٤٣ فصل في حكم من أبان امرأته في مرضه ثم مات	١١١ فصل في حكم ما إذا تزوج ذمي ذمية على أن لامهر لها
١٤٥ فصل في طلاق المجهولة	١١٥ فصل في العيوب التي يثبت بها الخيار لأحد الزوجين والتي لا يثبت بها
١٤٧ باب الرجعة	١١٦ فصل على الرجل أن يعدل بين نسائه
١٥١ باب الإيلاء	١١٧ كتاب الرضاع
١٥٥ فصل فيما يسقط الإيلاء	١٢١ كتاب الطلاق
١٥٦ باب الخلع	١٢٤ حكم طلاق المكره وطلاق السكران وطلاق الأخرس وطلاق الهازل
١٦٠ فصل إذا اختلعت المكاتبة لزمها المال بعد العتق	١٢٥ فصل صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية
١٦١ باب الظهار	١٢٩ فصل في وصف الطلاق
١٦٣ فصل في كفارة الظهار	١٣١ فصل في حكم من طلق امرأته قبل الدخول ثلاثاً
١٦٧ باب اللعان	١٣٢ فصل كنايةات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال
١٧٢ باب العدة	
١٧٤ فصل في الأقراء وهي الحيض	
١٧٧ فيما على المعتدة من نكاح صحيح	
١٧٩ فصل في بيان أقل مدة الحمل وأكثرها ، وما يترتب على هذا من الأحكام	

الأختيار لتعليق المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلى الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دققة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الرابع

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
[حديث شريف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب النفقة

وَتَجِبُ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا إِذَا سَلَّمَتْ إِلَيْهِ نَفْسَهَا فِي مَنَزِلِهِ نَفَقَتُهَا
وَكَسَوَتُهَا وَسَكَنَاهَا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب النفقة

الأصل في وجوبها قوله تعالى - أسكنوهن - من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقا عليهن - ثم قال - لينفق ذو سعة من سعته - وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه - أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم - وقراءته كروايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - وقال تعالى - الرجال قوامون على النساء - ثم قال - وبما أنفقوا من أموالهم - وروى أبو حمزة الرقاشي عن عمه قال « كنت آخذ بزمام ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أوسط أيام التشريق إذ ودعه الناس فقال : اتقوا الله في النساء » وذكر الحديث إلى أن قال « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقال عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان « خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدتك بالمعروف » ولولا وجوبها عليه لما أمرها بذلك . وسبب وجوبها احتباسها عند الزوج إذا كان يتبأ له الاستمتاع وطئا أو دواعيه أو التحصين لمائه بعد زوال النكاح لأنها لما صارت محبوسة عنده في حقه عجزت عن الاكتساب والإنفاق على نفسها ، فلو لم تستحق النفقة عليه لماتت جوعا .

قال (وتجب للزوجة على زوجها إذا سلمت إليه نفسها في منزله نفقتها وكسوتها وسكناتها)

تُعْتَبَرُ بِقَدَرِ حَالِهِ ، وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِكِفَايَتِهَا بِإِلَّا تَقْتِيرٍ وَلَا إِسْرَافٍ . وَيُفْرَضُ
لَهَا نَفَقَةُ كُلِّ شَهْرٍ وَتُسَلَّمُ إِلَيْهَا ، وَالْكِسْوَةُ كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . وَيُفْرَضُ
لَهَا نَفَقَةُ خَادِمٍ وَاحِدٍ (س) :

لما مر من الدلائل (تعتبر بقدر حاله) لقوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه
رزقه فلينفق مما آتاه الله - كذا اختاره الكرخي ، واختار الخصاص الاعتبار بحالهما . فان
كانا موسرين لها نفقة الموسر ، وإن كانا معسرين فنفقة المعسر . وإن كانت موسرة وهو
معسر فلها فوق نفقة المعسرة ، وإن كان بالعكس فدون نفقة الموسرة وإن كان أحدهما مفرطا
في اليسار والآخر مفرطا في الإعسار يقضى عليه بنفقة الوسط . والقول قوله في إعساره في
حق النفقة لأنه منكر والبيئة بينتها لأنها مدعية . قال (وهو مقدر بكفايتها بلا تقتير ولا إسراف)
لما تقدم من حديث هند ، وإيس فيها تقدير لازم لاختلاف ذلك باختلاف الأوقات
والطباع والرخص والغلاء والوسط خبز البر والإدام بقدر كفايتها (ويفرض لها نفقة كل
شهر وتسلم إليها) لأنه يتعذر القضاء بها كل ساعة . ويتعذر لجميع المدة تقدّر ناه بالشهر
لأنه الوسط وهو أقرب الآجال (والكسوة كل ستة أشهر) لأنه يحتاج إليها في كل ستة
أشهر باختلاف الحر والبرد . وللزوج أن يلي الإنفاق بنفسه ، إلا أن يظهر عند القاضي
أنه لا ينفق عليها فيفرض لها كل شهر عنى ما بينا ، ويقدر النفقة بقدر الغلاء والرخص
في كل وقت ، ولا يقدر بالدرهم والدنانير ؛ ولو صالحته من النفقة على ما لا يكفيها كملها
القاضي إن طلبت ذلك ، وإن كان الرجل صاحب مائدة لا يفرض عليه النفقة ويفرض
الكسوة . قال (ويفرض لها نفقة خادم واحد) وليس له أن يعطيها من خدمه من يخدمها
يغير رضاها . وقال أبو يوسف : يفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لدخل البيت
والآخر لخارجه . ولهما أن الواحد يكفي لذلك فلا حاجة إلى اثنين حتى قيل لو كفاها بنفسه
لم يلزمه نفقة خادم ؛ وقيل إن كانت من بنات الأشراف فلها نفقة خادمين أحدهما للخدمة
والآخر للرسالة وأمور خارج البيت . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إن كان الزوج
معسرا لا يفرض لها نفقة خادم أصلا ، وإن لم يكن لها خادم لا يفرض لها نفقة خادم ، وكذا
إذا كانت فقيرة وتخدم نفسها ، رواه الحسن عن أبي حنيفة ؛ وكسوة الصيف قميص
ومقنعة وملحفة ؛ وفي الشتاء مع ذلك جبة وسراويل على قدر حاله ؛ وعلى الموسر درع
سابوري وخمار إيريسم وملحفة كتان ، وتزاد في الشتاء جبة ولحفا ، وإن طلبت فراشا تنام
عليه لها ذلك ، لأن النوم على الأرض ربما يؤذيها ويمرضها ، وما تغطي به دفعا للحر والبرد
ويختلف ذلك باختلاف العادات والبقاع ، ولخادمتها قميص كرباس وإزار في الصيف ،
وفي الشتاء قميص وإزار وجبة وكساء وخفان ، فان امتنعت الخادمة عن الخدمة لانفقة لها ،

فَإِنْ نَشَرَّتِ الْمَرْأَةُ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِنْ مَنَعَتْ نَفْسَهَا حَتَّى يُرْفِئَهَا مَهْرُهَا فَلَهَا النِّفَقَةُ ، وَلَوْ كَانَتْ كَبِيرَةً وَالزَّوْجُ صَغِيرٌ فَلَهَا النِّفَقَةُ ، وَبِالْعَكْسِ لَا ، وَلَوْ كَانَا صَغِيرَيْنِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ وَلَوْ حَجَّتْ أَوْ حُبِسَتْ بِدَيْنٍ أَوْ غَضِبَهَا غَاصِبٌ فَذَهَبَ بِهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِنْ حَجَّ مَعَهَا فَلَهَا نَفَقَةُ الْحَضَرِ ؛ وَإِنْ مَرَضَتْ فِي مَنْزِلِهِ فَلَهَا النِّفَقَةُ ؛

لأنها مقابلة بالخدمة ، بخلاف الزوجة لأنها مقابلة بالحبس لا غير ؛ ولا تجبر المرأة على الطبخ والحبز إذا امتنعت ، ويأتيها بمن يخبز ويطبخ ، لأن الواجب عليه الطعام ، قالوا : وهذا إذا كانت لا تقدر على ذلك ، أو كانت من بنات الأشراف ، وإن كانت تقدر وتخدم نفسها تجبر عليه لأنها متعنتة . قال (فان نشرت المرأة فلا نفقة لها) لما روى « أن فاطمة بنت قيس نشرت على أحماتها فنقلها عليه الصلاة والسلام إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى » ولأن الموجب للنفقة الاحتباس وقد زال ، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين لأنه لا يفوت الاحتباس وهو يقدر عليه كرها ، فان عادت إلى منزله عادت النفقة لعود الاحتباس (وإن منعت نفسها حتى يوفى مهرها فلها النفقة) لأن لها الامتناع لتستوفى حقها ، فلو سقطت النفقة تنصّر ، والضرر يجب إلحاقه بالزوج الظالم الممتنع عن إيفاء حقها ، ولأن المنع بسبب من جهته فصار كالعدم ، وسواء كان قبل الدخول أو بعده ، وقالوا : إن كان بعد الدخول فلا نفقة لها لأنها سلمت المَعْوَضَ فليس لها أن تمنعه لقبض العوض كالبائع إذا سلم المبيع . ولأبي حنيفة أنها سلمت بعض المَعْوَضِ لأن المهر مقابل بجميع الوطئات على ما تقرر في كتاب النكاح ، فالبائع إذا سلم بعض المبيع له حبس الباقي كذا هذا (ولو كانت كبيرة والزوج صغير فلها النفقة ، وبالعكس لا) أما الأول فلأنها سلمت نفسها والعجز من جهته فصار كالحبوب والعين ، وأما الثاني فالمرأة صغيرة لا يستمتع بها لأن المراد من الاحتباس ما يكون وسيلة إلى المقصود من النكاح وأنه ممتنع بسبب منها فصار كالعدم (ولو كانا صغيرين فلا نفقة لها) لما مرّ ، ولو سكن دارا غضبا فامتنعت أن تسكن معه فليست بناشرة لأنها امتنعت بحق ؛ وإن كانت ساكنة في دارها فنعته من دخولها وقالت : حولني إلى منزلك أو أكثر لي دارا فإلهي النفقة لما بينا . قال (ولو حجّت أو حبست بدین أو غضبها غاصب فذهب بها فلا نفقة لها) لزوال الاحتباس لامن جهته . وعن أبي يوسف أن الحبيّ الفرض لا يسقط النفقة ذكره في الأمالي لأنه عذر ، لكن تجب نفقة الحضر لأنها المستحقّة فيعطى نفقة شهر والباقي إذا رجعت (وإن حجّ معها فلها نفقة الحضر) لأنها كالمقيم في منزله ولا يجب عليه الكراء (وإن مرضت في منزله فلها النفقة) وكذلك إذا جاءت إلى مريضة لأن الاحتباس موجود فانه يستأنس بها وتحفظ متاعه ويستمتع بها لمسا وغيره

وَلِلْأُمَةِ وَالْمُدَبِّرَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ النَّفَقَةُ إِنْ بَوَّأَهَا مَوْلَاهَا بَيْتَ الزَّوْجِ وَإِلَّا فَلَا ؛
فَإِنْ بَوَّأَهَا ثُمَّ اسْتَحْدَمَهَا سَقَطَتْ ؛ وَمَنْ أَعْسَرَ بِالنَّفَقَةِ لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَهُمَا
وَتَوْمَرُ بِالِاسْتِدَانَةِ ؛ وَإِذَا قُضِيَ لَهَا بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ تَمَّ لَهَا نَفَقَةُ
الْمُوسِرِ ؛ وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ وَلَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا سَقَطَتْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قُضِيَ
بِهَا أَوْ صَالِحَتُهُ عَلَى مِقْدَارِهَا ،

ومنع الوطاء لعارض كالحيض والنفاس ، والقياس أن لانفقة لها إذا كان مرضا يمنع
الجماع كالصغيرة . وعن أبي يوسف إن مرضت عنده لها النفقة لأنه صحَّ التسليم ، ولو
سلمت إليه مريضة لانفقة لها لأن التسليم ما صحَّ ، وقوله مرضت في منزله إشارة إليه وإذا
طالبته بالنفقة قبل أن يحولها إلى منزله وهي بالغة فلها النفقة إذا لم يطالبها بالنفقة ، لأن النفاة
حقه والنفقة حقها ، فلا يسقط حقها بتركه حقه ، فان طالبها بالنفقة فامتنعت فلا نفقة لها
إلا أن يكون بحق على ما بينا . قال (وللأمة والمديرة وأُمّ الولد النفقة إن بَوَّأَهَا مَوْلَاهَا
بَيْتَ الزَّوْجِ) لوجود الاحتباس (وإلا فلا) لعدمه (فان بَوَّأَهَا ثُمَّ اسْتَحْدَمَهَا سَقَطَتْ)
النفقة لفوات الاحتباس . قال (ومن أَعْسَرَ بِالنَّفَقَةِ لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَهُمَا وَتَوْمَرُ بِالِاسْتِدَانَةِ)
لتحليل عليه لأن في التفريق إبطال حقه وفي الاستدانة تأخير حقها والإبطال أضرّ فكان
دفعه أولى ، فاذا فرض لها القاضى وأمرها بالاستدانة صارت ديناً عليه فيتمكن من الإحالة
عليه والرجوع في تركته لو مات ، ولو استدان بغير أمر القاضى تكون المطالبة عليها
ولا يمكنها الإحالة عليه ولا ترجع في تركته لأنها لا ولاية لها عليه ، فلهذا قال : تَوْمَرُ
بِالِاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ ، ومعنى الاستدانة أن تشتري بالدين . قال (وَإِذَا قُضِيَ لَهَا بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ
ثُمَّ أَيْسَرَ تَمَّ لَهَا نَفَقَةُ الْمُوسِرِ) لأنها تختلف باختلاف الأحوال ، وما فرض تقدير لنفقة
لم تجب بعد ، فاذا تبدلت حاله لها المطالبة بقدرها ، وكذلك لو قضى بنفقة اليسار ثم أَعْسَرَ
فرض لها نفقة المعسر لما بينا . قال (وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا سَقَطَتْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ
قُضِيَ بِهَا أَوْ صَالِحَتُهُ عَلَى مِقْدَارِهَا) فيقضى لها بنفقة ما مضى لأن النفقة لم تجب عوضاً عن
البضع ، لأن المهر وجب عوضاً عنه ، والعقد الواحد لا يوجب عوضين عن شيء واحد
ولا عوضاً عن الاستمتاع ، لأن الاستمتاع تصرف في ملكه ، والإنسان لا يجب عليه
شيء بالتصرف في ملكه ، فبقي وجوبه جزاء عن الاحتباس صلة ورزقا لا عوضاً ، لأن
الله تعالى سماه رزقا بقوله - وعلى المولود له رزقهن - والرزق اسم لما يذكر صلة ،
والصلوات لاتملك إلا بالتسليم حقيقة أو بقضاء القاضى كما في الهبة أو بالتزامه بالتراضى ،
لأنه لما لزمه بقضاء القاضى فلائذ يلزمه بالتزامه كان أولى ، لأن ولايته على نفسه أقوى .

قَالَ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْقَضَاءِ أَوْ الْإِصْطِلَاحِ قَبْلَ الْقَبْضِ سَقَطَتْ ، وَإِنْ أَسْلَفَهَا النِّفْقَةُ أَوْ الْكِسْوَةُ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا كَمْ يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ وَإِذَا كَانَ لِلْغَائِبِ مَالٌ حَاضِرٌ فِي مَنْزِلِهِ أَوْ وَدِيعَةٌ أَوْ مُضَارَبَةٌ أَوْ دَيْنٌ وَعَلِمَ الْقَاضِي بِهِ وَبِالنِّكَاحِ ، أَوْ اعْتَرَفَ بِهِمَا مِنَ الْمَالِ فِي يَدِهِ يُفْرَضُ فِيهِ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ وَوَالِدَيْهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمَالُ مِنْ جِنْسِ النِّفْقَةِ وَيُحْلَقُهَا أَهْمًا مَا أَخَذَتْهَا وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلًا بِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْقَاضِي بِذَلِكَ وَأَنْكَرَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالِ الزَّوْجِيَّةَ أَوْ الْمَالِ كَمْ تُقْبَلُ بَيْنَتُهَا عَلَيْهِ ؛

قال (فان مات أحدهما بعد القضاء أو الاصطلاح قبل القبض سقطت) لما بينا أنها صلة ، والصلة تسقط بالموت كالهبة قبل القبض . قال (وإن أسلفها النفقة أو الكسوة ثم مات أحدهما لم يرجع بشيء) وقال محمد : يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقى للزوج لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس ، وقد بطل استحقاقها بالموت فيبطل من العوض بقلده . ولهما ما بينا أنها صلة ، وقد اتصل القبض بها فيبطل الرجوع بالموت كما في الهبة ، ألا ترى أنها لو هلكت من غير استهلاك لا يرجع بشيء بالإجماع . قال (وإذا كان للغائب مال حاضر في منزله أو ودِيعَةٌ أو مضاربة أو دين علم القاضي به وبالنكاح أو اعترف بهما من المال في يده يفرض فيه نفقة زوجته والديه وولده الصغير) لأن الذي في يده المال أو عليه لما أقرّ بالزوجة فقد أقرّ بثبوت حقها فيه ، لأن لها أن تأخذ من مال زوجها حقا من غير رضاه ، وإقرار صاحب اليد في حق نفسه صحيح فيقضي القاضي عليه باعترافه ، فيقع القضاء عليه أولا ثم يسرى إلى الغائب ، بخلاف ما إذا جحد أحد الأمرين لأنه إن جحد الزوجة لاتسمع البيّنة عليه لأنه ليس بنخصم في الزوجة ، وإن جحد المال فهي ليست خصما في إثباته ، وعلم القاضي حجة يجوز له القضاء به في محل ولايته على ما عرف . ونفقة الوالدين والولد الصغير كنفقة الزوجة لأنها تجب بغير قضاء ، بخلاف غيرهم من الأقارب حيث لا تجب نفقتهم إلا بالقضاء لما أن وجوبها مختلف فيه . قال (وهذا إذا كان المال من جنس النفقة) كالدرهم والدنانير والطعام والكسوة لأن لها أن تأخذه بغير رضاه ، أما إذا كان من خلاف جنسها لا يفرض فيه النفقة لأنه يحتاج إلى بيعه ولا بيع على الغائب . أما عند أبي حنيفة فلائنه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب . وأما عندهما فلائنه إنما يباع على الحاضر لظهور ظلمه بامتناعه ولا كذلك في الغائب . قال (ويحلفها أنها ما أخذتها ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب واحتياطا له لاحتمال حضوره فيقيم البيّنة على الطلاق أو على أنه أسلفها (وإن لم يعلم القاضي بذلك وأنكر من في يده المال الزوجية أو المال لم تقبل بينتها عليه) لما بينا ، وإن لم يكن له مال ، وأرادت أن تقيم البيّنة على الزوجية ليفرض لها

وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا دَارًا مُفْرَدَةً لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ . وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ أَهْلَهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ الدُّخُولَ عَلَيْهَا . وَلَا يَمْنَعُهُمْ كَلَامُهَا وَالنَّظَرَ إِلَيْهَا . وَلَا يَمْنَعُهُمَا مِنَ الدُّخُولِ إِلَيْهَا كُلُّ جُمُعَةٍ وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَقَارِبِ كُلِّ سَنَةٍ . وَلِلْمُطَلَّقةِ النِّفْقَةِ وَالسَّكْنَى فِي عِدَّتِهَا بَائِنًا كَانَ أَوْ رَجْعِيًّا ،

القاضي النفقة ويأمرها بالاستدانة عليه لا تقبل لأنه قضاء على الغائب . وقال زفر : تقبل ويقضى بالنفقة ، واستحسنوا ذلك للحاجة . وعليه القضاء اليوم وهو يجهد فيه فينفذ . قال (وعليه أن يسكنها دارا مفردة ليس فيها أحد من أهله) أما وجوب السكنى فلائها من الحوائج الأصلية وهي من الكفاية فتجب كالطعام والشراب ، وقد قال تعالى - أسكنوهن - فكان واجبا حقا لها ، وتكون بين قوم صالحين ليعينوها على مصالح دنياها ويمنعونه من ظلمها لو أراد ، وليس له أن يشرك معها غيرها ، لأنه قد لاأمن على متاعها ولا تتخلى لاستمتاعها إلا أن تختار ذلك لأنها رضيت بنقص حقها ؛ ولو كان في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضررتها أو مع أحد من أهله إن أخلى لها بيتا منها وجعل له مرافق وغلقا (١) على حدة ليس لها أن تطلب بيتا آخر ، وإن لم يكن إلا بيت واحد فلها ذلك . قال (وله أن يمنع أهلها وولدها من غيره الدخول عليها) لأن المنزل ملكه (ولا يمنعهم كلامها والنظر إليها) أي وقت شاء لما فيه من قطيعة الرحم ولا ضرر فيه إنما الضرر في المقام . وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ، وقيل يمنع (ولا يمنعها من الدخول إليها كل جمعة وغيرهم من الأقارب كل سنة) وهو المختار .

فصل

(وللمطلقة النفقة والسكنى في عِدَّتِهَا بَائِنًا كَانَ أَوْ رَجْعِيًّا) أما الرجعي فلما تقدّم أن النكاح قائم بينهما حتى يحلّ له الوطء وغيره . وأما البائن فلأنها محبوسة في حقه ، وهو صيانة الولد بحفظ الماء عن الاختلاط ، والحبس لحقه موجب للنفقة كما تقدّم . وأما حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت : طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله سكنى ولا نفقة ردّه عمر وزيد بن ثابت وجابر وعائشة ، قال عمر : لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندري أصدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة » ويروى « المبتوتة لها النفقة والسكنى » ولأنه ورد مخالفا قوله تعالى - أسكنوهن - . ومخالفا للإجماع في السكنى ، فإن ادّعت أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها احتياطا للعدة ، فإن قالت : كنت

(١) قال في مختار الصحاح : الغلق بفتح الحين : المغلاق ، وهو ما يغلق به الباب .

وَلَا نَفَقَةَ لِلْمُتَوِّ فِي عَنَّا زَوْجُهَا ؛ وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ كَالرَّدَّةِ وَتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ وَإِنْ جَاءَتْ بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيَارِ الْعِتْقِ وَالْبُلُوغِ وَعَدَمِ الْكِفَاءَةِ فَلَهَا النَّفَقَةُ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ بِكُلِّ حَالٍ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ ، وَإِنْ مَكَنَّتْ ابْنَ زَوْجِهَا لَمْ تَسْقُطْ .

أنوهم أنى حامل ولم أحض إلى هذه الغاية : يعنى أنها ممتدة الطهر وطلبت النفقة ، فلها النفقة ما لم تدخل في حد الإياس لأنها معتدة ، فإذا دخلت في حد الإياس استأنفت العدة ثلاثة أشهر . قال (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لأنها محبوسة لحق الشرع للزوج فلا يجب عليه ، ألا يرى أنه لا يشترط فيها الحيض الذى تعرف به براءة الرحم والحمل الذى هو حقه ، ولأن المال انتقل إلى الورثة فلا تجب فى ما لهم . قال (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية كالردّة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها ، وإن جاءت بغير معصية كخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة فلها النفقة ، وإن كانت (من جهة الزوج فلها النفقة بكل حال) لأن النفقة صلة على مامر ، وبمعصيان الزوج لا تحرم من النفقة وتحرم بعضيها مجازاة وعقوبة ، ولأنها حبست نفسها بغير حق فصارت كالناشرة ، بخلاف ما إذا كان بغير معصية لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة لما تقدم وكذلك إن وقعت الفرقة باللعان أو الإيلاء أو بالحب والعنة بعد الدخول أو الخلوة لها النفقة لما بينا ؛ وإذا طلقت الأمة المبوءة لها نفقة العدة ، فإن استخدمها المولى سقطت ، وكل امرأة لانفقة لها يوم الطلاق لانفقة لها فى العدة كالمعتدة من نكاح فاسد ؛ والأمة إذا لم يبوئها المولى بيتا إلا الناشرة لأنها محبوسة فى حقه ؛ والمطلقة إذا لم تطلب نفقتها حتى انقضت عدتها سقطت كالمنكوحه (وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت النفقة) لأنها صارت محبوسة فى حق الشرع ، وهذا إذا خرجت من بيت الزوج للحبس ، وما لم تخرج من بيته فلها النفقة (وإن مكنت ابن زوجها لم تسقط) لأن الفرقة تثبت بالطلاق الثلاث ولا أثر للتمكين فى ذلك وهى معتدة محبوسة فى حقه فتجب النفقة ؛ ولو كان الطلاق رجعيا فلا نفقة لها لأن الفرقة جاءت من قبلها بالتمكين وهو معصية فلا تستحق النفقة لما بينا ؛ ولو صالح امرأته على نفقة العدة إن كانت بالشهور جاز لأنها معلومة ، وإن كانت بالحيض لا يجوز لأنها مجهولة المدة فتكون النفقة مجهولة .

فصل

وَنَفَقَةُ الْأَوْلَادِ الصَّغَارِ عَلَى الْآبِ إِذَا كَانُوا فَقَرَاءَ ، وَلَيْسَ عَلَى الْأُمِّ لِإَرْضَاعِ الصَّبِيِّ إِلَّا إِذَا تَعَيَّنَتْ ، فَيَجِبُ عَلَيْهَا ، وَيَسْتَأْجِرُ الْآبُ مَنْ تَرْضِعُهُ عِنْدَهَا ، فَإِنْ اسْتَأْجَرَ زَوْجَتَهُ أَوْ مُعْتَدَّتَهُ لِيَرْضِعَ وَلَدَهَا لَمْ يَجِزْ ، وَبَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ هِيَ أُولَى مِنَ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا أَنْ تَطْلُبَ زِيَادَةَ أَجْرَةٍ ؛ وَنَفَقَةُ الْآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ إِذَا كَانُوا فَقَرَاءَ عَلَى الْأَوْلَادِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ ؛

فصل

(ونفقة الأولاد الصغار على الأب إذا كانوا فقراء) لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - (وليس على الأم إرضاع الصبي) لأن أجره الإرضاع من نفقته وهي على الأب . قال (إلا إذا تعينت) بأن لم يجد غيرها أو لا يأخذ من لبن غيرها (فيجب عليها) حينئذ صيانة للصغير عن الهلاك . قال (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) لأن الأجرة عليه والحضانة لها (فإن استأجر زوجته أو معتدته ليرضع ولدها لم يجز) لأن الإرضاع مستحق عليها بالأصل ، لقوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - فإذا امتنعت حملناه على العجز فجعلناه عنرا ، فإذا أقدمت عليه بالأجر علمنا قدرتها فكان واجبا عليها فلا يحل لها أخذ الأجر على فعل وجب عليها ، ولا خلاف في المعتدة الرجعية . وأما المبتوتة فكذلك في رواية لأن النكاح قائم من وجه ؛ وقيل يجوز لأن النكاح قد زال بينهما فصارت أجنبية . وذكر الخصاص إذا لم يكن للصبي ولا لأبيه مال أجبرت الأم على الإرضاع وهو الصحيح لأنها ذات يسار في اللبن ، فإن طلبت من القاضي أن يقضى لها بنفقة الإرضاع حتى ترجع بها على الأب إذا أيسر فعل كما لو كان معسرا وهي موسرة تجبر على الإنفاق على الصغير ثم ترجع على الأب إذا أيسر ، وإن كان للصبي مال روى عن محمد أنه يفرض لها نفقة الإرضاع في مال الصبي . قال (وبعد انقضاء العدة هي أولى من الأجنبية) فإنها أشفق وفي ذلك نظر للصغير (إلا أن تطلب زيادة أجرة) لما فيه من ضرر الأب ، وقيل في قوله تعالى - لا تضارّ الوالد بولدها - هو أن ترضى بأجرة المثل فلا يدفع إليها - ولا مولود له بولده - أن يؤخذ منه أكثر من أجر المثل . قال (ونفقة الآباء والأجداد إذا كانوا فقراء على الأولاد الذكور والإناث) قال تعالى - ولا تقل لهما أف - . ناه عن الإضرار بهما بهذا القدر وترك الإنفاق عليهما عند حاجتهما أكثر إضرارا من ذلك . وقال عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » وقال « إن أطيب ما أكل الرجل

ولا تجبُ النفقةُ مع اختلاف الدين إلا للزوجة وقربة الولادِ أعلى وأسفل ،
ونفقة ذى الرحم سوى الوالدين والولد تجبُ على قدر الميراث ، وإنما
تجبُ إذا كان فقيراً به زمانة لا يقدرُ على الكسب ، أو تكونُ أنثى فقيرة ،
وكذا من لا يحسنُ الكسب لخرقه أو لكونه من البيوتات ، أو طالب علم ،

من كسبه ، وإن ولده من كسبه ، فكلوا من كسب أولادكم » فإذا كان مال الابن يضاف
إلى الأب بأنه كسبه صار غنيا به فتجب نفقته فيه ، وقال تعالى - ووصينا الإنسان بوالديه
حسناً - أى يحسن إليهما ، وليس إحساناً تركهما محتاجين مع قدرته على دفع حاجتهما ،
وقال تعالى فى حق الرالدين الكافرين - وصاحبهما فى الدنيا معروفا - وليس من المعروف
تركهما جائعين وهو قادر على إشباعهما ، وهو على الذكور والإناث على السواء فى رواية ،
وهو المختار لاستوائهما فى العلة والخطاب ، وقيل على قدر الإرث لقوله تعالى - وعلى
الوارث مثل ذلك - ويشترط فقرهم لأن إيجاب نفقة الغنى فى ماله أولى . رجل معسر له
أولاد صغار محاييج وله ابن كبير موسر يجبر على نفقتهم . قال (ولا تجب النفقة مع
اختلاف الدين إلا للزوجة وقربة الولاد أعلى وأسفل) لإطلاق النصوص ، ولأن نفقة
الزوجة جزاء الاحتباس كما مرّ أو بالعقد كالمهر ، وذلك لا يختلف باختلاف الدين ، ولهذا
تجب مع يسارها ؛ وأما قرابة الولاد فلمكان الجزئية ، إذ الجزئية فى معنى النفس ، ونفقة
النفس تجب مع الكفر فكذا الجزء ، وهذا إذا كانوا ذمة ، فان كانوا حرباً لا تجب وإن
كانوا مستأمنين لقوله تعالى - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين - الآية ،
بخلاف غيرهم من ذوى الأرحام ، لأن الإرث منقطع فيما بينهم ولا بد من اعتباره بالنص .
قال (ونفقة ذى الرحم سوى الوالدين والولد تجب على قدر الميراث) كالإخوة والأخوات
والأعمام والعلمات والأخوال والخالات ، ولا تجب لرحم ليس بمحرم ، والأصل فيه
قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - وفى قراءة ابن مسعود - وعلى الوارث ذى الرحم
المحرم مثل ذلك - فذكره الوارث إشارة إلى اعتبار قدر الميراث وليكون الغرم بالغنم (وإنما
تجب إذا كان فقيراً به زمانة لا يقدر على الكسب) أما الفقر فلما مرّ ، وأما العجز عن
الكسب فلأنه يكون غنيا بكسبه ، ولا كذلك الوالدان حيث تجب نفقتهم مع القدرة على
الكسب لما يلحقهما فيه من التعب والنصب ، والولد مأمور بدفع الضرر عنهما ، فيجب
عليه أن يدفع عنهما ضرر الاكتساب وذلك بالإنفاق عليهما . قال (أو تكون أنثى فقيرة) لأنه
أمانة الحاجة (وكذا من لا يحسن الكسب لخرقه (١) أو لكونه من البيوتات أو طالب علم)
لأن العجز عن الاكتساب فى حق هؤلاء ثابت ، لأن شرط وجوب نفقة الكبير العجز

(١) الخرق بالخاء المعجمة والقاف : هو عدم معرفة عمل اليد اهـ .

وإذا باع الأب متاع ابنه في نفقته جاز (سم) ، ولو أنفق من مال له في يده جاز ، وإذا قضى القاضي بالنفقة ثم مضت مدة سقطت إلا أن يكون القاضي أمراً بالاستدانة عليه ، وعلى المولى أن ينفق على رقيقه ، فإن امتنع اكتسبوا وأنفقوا ، وإن لم يكن لهم كسب أجبر على بيعهم ،

أوجبها باسم الوراثة . فقير له ابن وبنت فنفقته عليهما نصفان ، ولو كان له بنت وأخ فنفقته على بنته لأنها أقرب . له بنت وابن ابن موسران فنفقته على البنت لأنها أقرب ، ولو كان له بنت بنت وابن بنت وأخ موسرون فنفقته على أولاد أولاده دون الأخ لما بينا . فقير له أخ وأخت لأب وأم فالنفقة عليهما بقدر ميراثهما ، ولو كان له أخت وعم فعليهما نصفان ، ولو كان له أم وجد فعليهما أثلاثا . وروى الحسن عن أبي حنيفة كلها على الجد ، ولو كان له أم وجد وأخ فالثالث على الأم والباقي على الجد ، وعندهما الباقي على الأخ والجد نصفان . له عم وخال النفقة على العم . له خال وابن عم النفقة على الخال والميراث لابن العم ، وفي العمة والحالة ثلثان وثلث . قال (وإذا باع الأب متاع ابنه في نفقته جاز) وقال : لا يجوز ، وفي العقار لا يجوز بالإجماع (ولو أنفق من مال له في يده جاز) بالإجماع لأنه ظفر بجنس حقه فله أن يأخذه لأن نفقته واجبة قبل القضاء لما بينا والأم في هذا كالأب . لهما أن بالبلوغ انقطعت ولايته عنه وعن ماله حتى لا يملك ذلك في حضرته ولا في دين غير النفقة وصار كالأم . وله وهو الاستحسان أن للأب أن يحفظ مال ابنه الغائب كالوصى ، وبطل أولى لأنه أوفر شفقة وبيع الثقل من باب الحفظ ، فإذا باعه فالثمن من جنس حقه وهو نفقته فيأخذ منه حقه ، ولا كذلك العقار فانه محفوف بنفسه وبخلاف الأم وغيرها من الأقارب لأنه لا ولاية لهم حال صغره ، ولا ولاية الحفظ حالة الغيبة مع الكبر فافترقا . قال (وإذا قضى القاضي بالنفقة ثم مضت مدة سقطت) لأنها إنما وجبت دفعا للحاجة وقد اندفعت ، بخلاف الزوجة إذا قضى لها لأنها وجبت مع اليسار للدفع الحاجة فلا تسقط بحصول الاستغناء قال (إلا أن يكون القاضي أمراً بالاستدانة عليه) لأن ولاية القاضي عامة ، فكان الغائب أمره بذلك فتصير ديناً في ذمته فلا تسقط . قال (وعلى المولى أن ينفق على رقيقه) لقوله عليه الصلاة والسلام في حقهم « أطمعهم مما تأكلون ، وألبسهم مما تلبسون ، ولا تعذبوا عباد الله » ولأنهم مشغولون بخدمتهم محبوسون في ملكهم فيجب عليهم الإنفاق عليهم لئلا يهلكوا جوعاً (فان امتنع اكتسبوا وأنفقوا) لأن فيه رعاية للجانيين : جانبه ببقاء ملكه ، وجانبهم بدفع حاجتهم (وإن لم يكن لهم كسب) كالزمن والأعشى والحازية المستحسنة التي لا تؤثر (أجبر على بيعهم) لأن الرقيق من أهل الاستحقاق وفي بيعهم إيفاء حقهم وإيفاء حق المولى بنقله إلى الخلف ،

وَسَائِرُ الْحَيَوَانَاتِ يُجْبَرُ فِيهَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى .

فصل في الحضانة

وَإِذَا اخْتَصَمَ الزَّوْجَانِ فِي الْوَلَدِ قَبْلَ الْفُرْقَةِ أَوْ بَعْدَهَا فَلَا أُمَّ أَحَقُّ ، ثُمَّ
أُمُّهَا ثُمَّ أُمُّ الْأَبِ ثُمَّ الْأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ ثُمَّ لَأُمِّ

ولا يلزم على هذا الإعسار بنفقة الزوجة ، لأن نفقتها تصير ديناً عليه فتمتص من مطالبته وحبسه ، ولا دين للعبد على مولاه ، ولأنه يفوت ملكه في النكاح لا إلى خلف ، وههنا يفوت إلى الثمن ، على أن البيع هنا يقع باختياره وعقده والفسخ لا بفعله . قال (وسائر الحيوانات يجبر فيما بينه وبين الله تعالى) لما فيه من إضاعة المال وتعذيب الحيوان ، وقد ورد النهي عنهما ، وليست من أهل الاستحقاق ليقضى لها يجبر المولى على نفقتها أو بيعها .

فصل في الحضانة

وهي من الحضن ، وهو مادون الإبط إلى الكشح ، وحضنا الشيء : جانباه ، وحضن الطائر بيضه يحضنه : إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه ، فكأن المربي للولد يتخذ في حضنه وإلى جنبه ، ولما كان الصغير عاجزاً عن النظر في مصالح نفسه جعل الله تعالى ذلك إلى من يلي عليهم ، ففوض الولاية في المال والعقود إلى الرجال ، لأنهم بذلك أقوم وعليه أقدر ، وفوض التربية إلى النساء لأنهن أشفق وأحنى وأقدر على التربية من الرجال وأقوى . قال (وإذا اختصم الزوجان في الولد قبل الفرقة أو بعدها فالأم أحق) لما روى « أن امرأة أتت رسول الله عليه الصلاة والسلام فقالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنه يتزعه مني ، فقال عليه الصلاة والسلام : أنت أحق به ما لم تنكحي » . وروى سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم ابنه عاصم ، فتنازعا وارتفعا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فقال له أبو بكر : ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر ، ودفعه إليها والصحابه حاضرون متكاثرون ، ولأنها أقوم بالتربية وأقدر عليها من الأب فكان الدفع إليها أنظر للصبي ، وكل من له حضانة لا يدفع إليه الولد ما لم يطلبه فعساه يعجز عنه ، بخلاف الأب إذا امتنع عن أخذه بعد الاستغناء عن الحضانة حيث يجبر على أخذه إذا امتنع ، لأن الصيانة عليه . قال (ثم أمها ثم أم الأب ثم الأخت لأبوين ثم لأم

ثم لأب ، ثم الخالات كذلك ، ثم العمات كذلك أيضا ، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ ، وهن أولى من العمات ، ومن لها الحضنة إذا تزوجت بأجنبي سقط حقها ، فان فارقته عاد حقها ، والقول قول المرأة في نفى الزوج ، ويكون الغلام عندهن حتى يستغنى عن الخدمة ، وتكون الجارية عند الأم والجدّة حتى تحيض ويهيند غيرهما حتى تستغنى ،

ثم لأب ، ثم الخالات كذلك ، ثم العمات كذلك أيضا ، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ ، وهن أولى من العمات (والأصل في ذلك أن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لما قدمناه ، فكانت جهة الأم مقدمة على جهة الأب ، ولأن الجدات أقرب من الأخوات ، والأخوات أقرب من الخالات والعمات . وروى محمد عن أبي حنيفة أن الحالة مقدمة على الأخت لأب ، لأن الحالة بمنزلة الأم ، قال عليه الصلاة والسلام « الحالة والدة » والخالات مساويات للعمات في القرب ، وإنما تقدم الخالات لأن قرابتهن من جهة الأم ، وتقدم من كانت لأب وأم لأنها تدلى بجهتين فتكون أولى ثم من الأم ثم من الأب ترجيحاً لقربة الأم ، ولا حق لمن لم يكن ربحاً غير محرم كبنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات قال (ومن لها الحضنة إذا تزوجت بأجنبي سقط حقها) لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت أحق به ما لم تنكح » وفي رواية « ما لم تزوج » وفي حديث أبي بكر « أمه أولى به ما لم يشب أو تزوج » ولأن الصبي يلحقه من زوج أمه جفاء فيسقط حقها للمضرة ، لأن حقها إنما يثبت في الحضنة لشفقها نظراً له ، فاذا زالت زال ، بخلاف ما إذا تزوجت بذي رحم محرم من الصبي حيث لا تسقط لشفقته عليه ، كما إذا تزوجت الأم بعمه والجدّة بالجدّة لأنه لا يلحقه جفاء من جدّه وعمه . قال (فان فارقته عاد حقها) لأن المانع قد زال (والقول قول المرأة في نفى الزوج) لأنها تنكر بطلان حقها في الحضنة . قال (ويكون الغلام عندهن حتى يستغنى عن الخدمة) فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده ، وقدّره أبو بكر الرازي بتسع سنين ، والخصاف بسبع اعتباراً للغالب ، وإليه الإشارة بقول الصادق رضي الله عنه : هي أحق به حتى يشب ، ولأنه إذا استغنى يحتاج إلى التأديب بآداب الرجال والتخلق بأخلاقهم وتعليم القرآن والعلم والحرف ، والأب على ذلك أقدر فكان أولى وأجدر . قال (وتكون الجارية عند الأم والجدّة حتى تحيض وعند غيرهما حتى تستغنى) وقيل حتى تشهى ، لأن الجارية بعد الاستغناء تحتاج إلى التأديب بآداب النساء وتعلم أشغالهن ، والأم أقدر على ذلك ، فاذا بلغت احتاجت إلى الحفظ والصيانة ، والأب على ذلك أقدر ، وأما غير الأم والجدّة فلأنها لا تنظر على استخدامها فلا يحصل التأديب ، ولا كذلك الأم والجدّة . وعن محمد إذا بلغت حداً

وإذا لم يكن للصغير امرأة أخذته الرجال ، وأولاهم أقربهم تعصيا ، ولا تدفع الصبية إلى غير محرم ، ولا إلى محرم ماجن فاسق ؛ وإذا اجتمع مستحقو الحضنة في درجة واحدة فأورعهم أولى ثم أكبرهم ، ولا حق للأمة وأم الولد في الحضنة ؛ والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يخف عليه الكفر ؛ وليس للأب أن يخرج بولده من بلده حتى يبلغ حد الاستغناء ، وليس للأم ذلك إلا أن تخرجه إلى وطنها وقد وقع العقد فيه ، إلا أن يكون تزوجها في دار الحرب وهو وطنها .

تستهي يأخذها الأب من الأم للحاجة إلى الحفظ . وسئل محمد : إذا اجتمع النساء ولهن أزواج ؟ قال : يضعه القاضي حيث شاء لأنه لاحق لهن كمن لاقربة له . قال (وإذا لم يكن للصغير امرأة أخذته الرجال) صونا له (وأولاهم أقربهم تعصيا) لأن الولاية عليه بالقرب ، وكذلك إذا استغنى عن الحضنة ، فالأولى بالحفظ أقربهم تعصيا . قال (ولا تدفع الصبية إلى غير محرم) كابن العم ومولى العتاقة خوفا من الوقوع في المعصية (ولا إلى محرم ماجن فاسق) لأنه لا يؤمن فسقه فان لم يكن لها إلا ابن عم فان شاء القاضي ضمها إليه إن كان أصلا ، وإلا وضعها عند أمينة ، ولو كان الأخ نحو فاعليها يضعها القاضي عند امرأة ثقة .

التيب المأمونة لها حق التفرد بالسكنى ، فان لم تكن مأمونة فالأب يضمها إليه ، وليس للبكر حق التفرد ، فان دخلت في السن وكان لها رأى فلها أن تفرد . قال (وإذا اجتمع مستحقو الحضنة في درجة واحدة فأورعهم أولى ثم أكبرهم ، ولا حق للأمة وأم الولد في الحضنة) لأنها من باب الولاية وليستا من أهلها ، فاذا أعتقتا فهما كالحرّة (والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يخف عليه الكفر) لأن النظر له في حضانتها قبل ذلك وبعده عليه فيه الضرر . قال (وليس للأب أن يخرج بولده من بلده حتى يبلغ حد الاستغناء) لما فيه من إبطال حق الأم من الحضنة (وليس للأم ذلك إلا أن تخرجه إلى وطنها وقد وقع العقد فيه) لأن الزوج فيه دليل المقام فيه ظاهرا فقد التزم المقام في بلدها ، وإنما لزمها اتباعه بحكم الزوجية ، فاذا زالت الزوجية جاز لها أن تعود إليه لأنه رضى بذلك (إلا أن يكون تزوجها في دار الحرب وهو وطنها) لأنه ضرر بالصبي لأنه يتعود أخلاق الكفار وربما يألفهم ، وإذا أرادت أن تخرجه إلى بلدها ولم يقع العقد فيه ليس لها ذلك . لأنه لم يلزم لها ذلك لأنه لم يلزم لها المقام فيه فلا يجوز لها التفريق بينه وبين الولد من غير التزامه . وعن شريح : إذا تفرقت الدار فالعصبة أحق بالولد ، وإن كان العقد في غير وطنها فأرادت أن تنقله إليه ليس لها ذلك ، لأنه دار غربة كالبلد الذي فيه الزوج ،

كتاب العتق

وإذا تساويا لم يجوز لها نقله ، وقيل لها ذلك لأن العقد وجد فيه فيوجب أحكامه فيه فلا بد في النقلة من الوطن ووقوع العقد فيه ، وهذا إذا كان بين المصريين مسافة ، أما إذا كان بينهما ما يمكن الأب الاطلاع عليه ويبيت في منزله فلا بأس به ، لأنه لا يلحقه بذلك ضرر ، وصار كالنقلة من محلة إلى أخرى في المصر المتباعد الأطراف ، والقريتان كالمصريين ، وكذا لو انتقلت من القرية إلى المصر ، لأن فيه نظرا للصغير حيث يتحلّق بأخلاق أهل المصر ، وبالعكس لا ، لأن أخلاق أهل السواد أجنى فكان فيه ضرر بالصبي فلا يجوز .

كتاب العتق

وهو في اللغة : القوة : يقال : عتق الطائر إذا قوى على الطيران ، وعتاق الطير : كواسبها لقوتها على الكسب ، وعتقت الحمر : قويت واشتدت ، ويستعمل للجمال ، يقال : فرس عتيق : أي رائع جميل ، وسمى الصديق عتيقا لجماله ، ويستعمل للكرم ، ومنه البيت العتيق : أي الكريم ، ويستعمل للسعة والجودة ، ومنه رزق عاتق : أي جيد واسع . وفي الشرع : زوال الرق عن المملوك وفيه هذه المعاني اللغوية فانه بالعتق بقوى على ما لم يكن قادرا عليه قبله من الأقوال والأفعال ، ويورثه جمالا وكرامة بين الناس ويزول عنه ما كان فيه من ضيق الحجر والعبودية فيتسع رزقه بسبب القدرة على الكسب . والحرية : الخلاص ، والحرّ : الخالص ، ومنه طين حرّ : خالص لارمل فيه ، وأرض حرّة : خالصة من الخراج والنوائب . والتحرير : إثبات الحرية وهو الخلو من الذات عن شائبة الرق . والرق في اللغة : الضعف ، ومنه ثوب رقيق ، وصوت رقيق : أي ضعيف . وفي الشرع : ضعف معنوي ، وهو العجز عما يقدر عليه الحرّ من الولايات والشهادات والخروج إلى الحجّ والجهاد وصلاة الجمعة والجنائز وغيرها من العبادات ، وبالإعناق والتحرير تثبت له القوة على هذه الأفعال وتخلّصه عن شوائب الرق والإذلال . وقال القدوري رحمه الله : العتق إسقاط الحقّ عن الرقّ ، والحقوق تسقط بالإسقاط ، فإسقاط الحقّ عن الرقّ عتق ، وعن استباحة البضع طلاق ، وعن الديون براءة ، فانه إذا أسقط حقه عن هذه الأشياء لم يبق شيء يحتاج إلى النقل فيسقط ، ولا كذلك الأعيان فانه لا يصحّ إسقاط الحقّ عنها ، لأن العين بعد الإسقاط تبقى غير منتقلة فلا يسقط حقه وهو قضية مشروعة وقربة مندوبة . أما شرعيّتها فلقوله تعالى - فتحرير رقبة - وقال - فتحرير رقبة مؤمنة - كلفنا بتحرير الرقبة ، ولولا شرعيّته لما كلفناه ، إذ تكليف

وَلَا يَقَعُ إِلَّا مِنْ مَالِكٍ قَادِرٍ عَلَى التَّبَرُّعَاتِ . وَالْفَاضِلُ : صَرِيحٌ ، وَكِنَايَةٌ .
فَالصَّرِيحُ يَقَعُ بِغَيْرِ نِيَّةٍ ، وَهُوَ قَوْلُهُ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عَتِيقٌ
أَوْ مُعْتَقٌ ، وَأَعْتَقْتُكَ ، أَوْ حَرَّرْتُكَ ، وَهَذَا مَوْلَايَ ، أَوْ يَا مَوْلَايَ ، أَوْ هَذِهِ
مَوْلَاتِي ، وَيَا حُرٌّ ، وَيَا عَتِيقٌ ، إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ اسْمًا لَهُ فَلَا يَعْتَقُ ؛ وَكَذَلِكَ
إِضَافَةُ الْحُرِّيَّةِ إِلَى مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الْبَدَنِ .

ما ليس بمشروع قبيح ، والنبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه أعتقوا ، والإجماع على شرعيته ،
وأما الندية فلقوله تعالى - فكَّ رقبةً أو إطعام في يوم ذي مسغبة - والندية تدل على
المشروعية أيضا . وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما مؤمن أعتق
مؤمنا في الدنيا أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار » وسأل أعرابي رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال : « علمني عملا يدخلني الجنة ، فقال : لئن أقصرت الخطبة لقد عرضت
المسئلة أعتق النسيمة وفكَّ الرقبة ، قال : أليسا واحدا ؟ قال لا ، عتق الرقبة أن تنفرد
بعتقها ، وفكَّ الرقبة أن تعين في ثمنها » ثم العتق قد يقع قرية ومباحا ومعصية ، فإن أعتقه
لوجه الله تعالى أو عن كفارة فهو قربة ، وإن أعتقه من غير نية أو أعتقه لفلان فهو مباح
وليس بقربة ، وإن أعتقه للصنم أو للشيطان فهو معصية . ويستحب أن يكتب له كتابا
بالعتق ويشهد عليه به توثقا وخوفا من التجاحد (ولا يقع إلا من مالك قادر على التبرعات) ،
أما الملك فلقوله عليه الصلاة والسلام « لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم » ، وكذلك إذا أضافه
إلى ملكه كما مر في الطلاق ، وأما كونه قادرا على التبرعات فلا أنه تبرع . قال (وألفاظه
صريح وكناية ، فالصريح يقع بغير نية) كما قلنا في الطلاق (وهو قوله : أَنْتَ حُرٌّ ،
أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عَتِيقٌ ، أَوْ مُعْتَقٌ) وإن نوى به الخلوص والقدم صدق ديانة لا قضاء ،
لأنه خلاف الظاهر وهو يحتمله (و) قوله (أَعْتَقْتُكَ ، أَوْ حَرَّرْتُكَ) صريح أيضا
(و) كذلك (هذا مولاى ، أَوْ يَا مَوْلَايَ ، أَوْ هَذِهِ مَوْلَاتِي) لأنه يستعمل في المعتق والمعتق .
فاذا انتفى أحدهما ثبت الآخر ضرورة ، ولو نوى النصرة والمحبة صدق ديانة لا قضاء
لما بينا ، ولو قال : أَنْتَ حُرٌّ مِنْ هَذَا الْعَمَلِ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ الْيَوْمَ مِنْ هَذَا الْعَمَلِ عَتَقَ
قضاء لأنه متى صار حُرًّا في شيء صار حُرًّا في كل الأشياء ، لأن الحرية لا تتجزى
(وَيَا حُرٌّ ، وَيَا عَتِيقٌ) صريح أيضا (إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ اسْمًا لَهُ فَلَا يَعْتَقُ) إلا أن يريد به
الإنشاء . قال (وكذلك إضافة الحرية إلى ما يعبر به عن البدن) وهو كالطلاق في التفصيل
والحكم والخلاف والعلة ، ولو أعتق جزءا شائعا كالثلث والربع عتق ذلك الجزء عند
أبي حنيفة ويسعى العبد في الباقى ، وعندهما يعتق كله على ما نبينه ؛ ولو قال : بعضك حرٌّ

وَلَوْ قَالَ : هَذَا أَخِي لَمْ يَعْتَقْ ، وَلَوْ قَالَ : يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي لَمْ يَعْتَقْ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ مِثْلُ الْحُرِّ لَمْ يَعْتَقْ ، وَلَوْ قَالَ : مَا أَنْتَ إِلَّا حُرٌّ عَتَقَ ، وَلَوْ قَالَ : لَأَسْلُطَانٌ لِي عَلَيْكَ

وكذلك قوله : هذا عمي أو خالي ؛ ثم إن كان العبد يصلح والدا أو ولدا وهو مجهول النسب يثبت نسبه أيضا ، لأن له ولاية الدعوة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت ويعتق بالإجماع ، وإن كان لا يصلح والدا في قوله هذا أبي بأن كان أصغر منه ، ولا ولدا في قوله هذا ابني بأن كان أكبر منه ، أو مقارنه عتق أيضا عملا بمجاز اللفظ وهو الحرية عليه من حين ملكه ولا يثبت النسب لتعذره . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يعتق لأنه كذب ، فصار كقوله أعقتك قبل أن أخلق . ولأبي حنيفة أنه إن تعذر العمل بحقيقته أمكن العمل بمجازه ، لأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والملازمة من طريق المجاز تحرزا عن إلغاء كلام العاقل ، بخلاف ما ذكر لأنه لا وجه للمجاز فيه فتعين الإلغاء ، ثم قيل لا يشترط تصديق العبد لأن إقرار المالك على مملوكه يصح من غير تصديقه ، وقيل يشترط التصديق فيما سوى دعوة البنوة ، لأن غير البنوة حمل النسب على غيره فيكون دعوى على العبد يلزمه بعد الحرية فيشترط تصديقه ، وإن كان العبد معروف النسب لا يثبت نسبه منه للتعذر ، ويعتق عملا بما ذكرنا من المجاز (ولو قال : هذا أخي لم يعتق) في ظاهر الرواية لأنه يراد به الأخ في الدين عرفا وشرعا ، قال تعالى - إنما المؤمنون إخوة - وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق لأن ملك الأخ موجب للعتق ، والأخوة عند الإطلاق تنصرف إلى النسب (ولو قال : يا ابني أو يا أخي لم يعتق) في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يعتق بالنداء إلا بخمسة ألفاظ : يا ابني ، يا بنتي ، يا عتيق ، يا حر ، يا مولاي . وقال محمد في النوادر : لا يعتق إلا بالثلاثة الأخيرة ، لأن النداء وضع لإعلام المنادى بالتحقيق معنى النداء في المنادى حتى يقال للبصير يا أعمى ، وللأبيض يا أسود ، إلا فيما تعارف الناس لإثبات العتق به وهي الألفاظ الثلاثة . ولأبي حنيفة أنه تعذر جعله إعلاما لأن المذكور ليس باسم له وضعها فجعلناه لإثبات معنى النداء في المنادى وهو الحرية صونا لكلامه عن الإلغاء ؛ ولو قال لعبده : هذه بنتي ، أو لأمتي : هذا ابني عتق عند أبي حنيفة عملا بالإشارة ، وقيل لا يعتق لأن الإشارة والتسمية اجتماعا في جنسين فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم (ولو قال : أنت مثل الحر لم يعتق) لأن هذا اللفظ يراد به المشاركة في بعض المعاني عرفا وقد وجد فلا يعتق بالشك . وقال بعض المشايخ : يعتق إذا نوى كقوله لامرأته : أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته إن نوى الإيلاء بصير موليا (ولو قال : ما أنت إلا حر عتق) لأن هذا لإثبات من النفي فهو أبلغ في التأكيد كلفظة الشهادة (ولو قال : لاسلطان لي عليك

لَمْ يَعْتَقْ وَإِنْ نَوَى ؛ وَعَتَقَ الْمُكْرَهَ وَالسَّكَرَانَ وَاقَعَ .
وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَلَوْ كَانَ الْمَالِكُ صَبِيًّا
أَوْ مَجْنُونًا ، وَالْمَكَاتِبُ يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ قَرَابَةُ الْوَلَادِ لِأَغْيَرُ (سم) ؛ وَمَنْ
أَعْتَقَ عَبْدَهُ لِلصَّبِيِّ أَوْ لِلشَّيْطَانِ عَتَقَ وَكَانَ عَاصِيًا ؛ وَمَنْ أَعْتَقَ حَامِلًا
عَتَقَ حَمْلُهَا مَعَهَا ،

لم يعتق وإن نوى (لأنَّ السلطان عبارة عن اليد ، فصار كأنه قال : لا يد لي عليك ونوى
لا يعتق ، لأنَّ نبي اليد المفردة بالكتابة لا بالعنق) (وعنق المكروه والسكران واقع) لما مرَّ
في الطلاق .

فصل

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولو كان المالك صبيًا أو مجنونًا) لقوله عليه
الصلوة والسلام « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » وفي رواية « عتق عليه » فينتظم
الصغير والكبير والعقل والمجنون والمسلم والكافر عملاً بعموم كلمة « من » ولأنَّه تعلق به
حقَّ العباد وهم الأقرباء ، فيدخل فيه الصغير والمجنون كالنفقات وضمان المتلفات ، ويدخل
فيه كلُّ ذى رحم محرم ولاد وغيره . كالإخوة وبنهم والأعمام والعمات والأخوال
والخالات عملاً بالإطلاق ، وذو الرحم المحرم كل شخصين يدلان إلى أصل واحد بلا واسطة
كالأخوين أو أحدهما بواسطة الآخر بغير واسطة كالعم وابن الأخ إلى الجدة ؛ ولا يعتق
بالمالك ذو رحم غير محرم ، كبنى الأعمام والأخوال وبنى العمات والخالات ، ولا محرم
غير ذى رحم كالمحرمات بالصهرية والرضاع ، لأنَّ العتق بدون الإعتراف ضرر إلا أنا
خالقناه في الرحم المحرم بالنص فبقى الباقي على الأصل . قال (والمكاتب يتكاتب عليه قرابة
الولاد لأغير) وقالوا : يتكاتب عليه الأخ ومن في معناه وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأنَّه
لو كان حرًّا عتق عليه ، فإذا كان مكاتبًا يتكاتب عليه كقرابة الولاد . وإله أن ملك المكاتب
ناقص حتى لا يقدر على الإعتراف والوجوب عند القدرة وقرابة الولاد العتق فيهم من مقاصد
الكتابة ، فامتنع البيع تحصيلًا لمقصود الكتابة . أما حرية الأخ والعمة ليست من مقصود
الكتابة فلا يظهر فيهما . قال (ومن أعتق عبده للصنم أو للشيطان عتق وكان عاصيًا)
لصدور الإعتراف من أهله مضافًا إلى محله عن ولاية ، ولأنَّ قوله : أنت حرٌّ صريح
في العتق فيقع ، ويلغو قوله للصنم أو للشيطان ويكون عاصيًا ، لأنَّ ذلك من فعل الكفرة
وعبداء الأصنام . قال (ومن أعتق حاملًا عتق حملها معها) لأنَّه متصل بها فصار كبعض
أجزائها ، وليس القبض والتسليم فيه شرطًا فيصح ، بخلاف البيع والهبة حيث لا يصح

وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ عَتَقَ وَسَعَىٰ فِي بَقِيَّةِ قِيَمَتِهِ لِمَوْلَاهُ (س) ،

لا يعتق إلا بالأداء إليه لأنه الشرط فلا يعتق قبله . ولنا أن هذا تعليق لفظا معاوضة مقصود . لأن الألف يصلح عوضا عن العتق حتى لو نص على المعاوضة بصير عوضا فيعقد معاوضة بين الألف والعتق تحصيلًا لمقصوده ، فباعتبار المعاوضة ينزل المولى قابلا للبدل متى وصل إليه لثلا يتضرر العبد به ، وقد رضى المولى بنزول العتق عند وصول الألف إليه ، وبالتجلية قد وصلت إليه فجعلناه تعليقًا ابتداءً عملاً باللفظ دفعا للضرر عن المولى لثلا يخرج من ملكه ولا يسرى إلى الولد قبل الأداء معاوضة عند الأداء دفعا للضرر عن العبد حتى يعتق بالأداء على ما بينا ونظيره الهبة بعوض هبة ابتداءً بيع انتهاء ، ولو أدى البعض أجبر المولى على قبوله ولا يعتق لما قلنا ، فإن أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق عتق لوجود الشرط ويرجع عليه المولى بمثلها لأنه أداها من مال المولى ، وإن أداها من مال اكتسبه بعد التعليق عتق ولا يرجع عليه لأنه مأذون في الأداء منه على ما بينا .

فصل

(ومن أعتق بعض عبده عتق وسعى في بقية قيمته لمولاه) وقالوا : يعتق كله لأن الإعتاق لا يتجزى عندهما ، فإضافة العتق إلى بعضه كإضافته إلى كله كما في الطلاق ، وعند أبي حنيفة يتجزى فيقتصر على ما أعتق . لهما قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له في عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك » ولأن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكيمية والقوة لا تتجزى ، إذ لا يكون بعضه قويا وبعضه ضعيفا ، أو نقول : هو إزالة الرق الذي هو ضعف حكيمى ، وكل واحد منهما لا يتجزى فصار كالعفو عن القصاص . وله ما روى نافع عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « من أعتق شقصا من عبد فعليه عتق كله » وفي رواية « كلف عتق ما بقي » وفي رواية « وجب عليه أن يعتق ما بقي » ولو عتق بنفس الإعتاق لما وجب عليه إعتاقه ولما كلف ذلك ، لأن إعتاق المعتق محال . وقال عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق » وروى سعيد بن المسيب عن جماعة من الصحابة أنها قالوا : إذا كان العبد بين رجلين فأعتقه أحدهما فإنه يقوم عليه بأعلى القيمة ثم يغرم ثمنه ثم يعتق العبد ، وعائشة ترفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، ولأن الإعتاق إزالة ملكه ، والمتصرف إنما يتصرف فيما يدخل تحت ولايته وهو إزالة ملكه فيقتدر به . والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدى في الطلاق والقصاص لعدم التجزى ، أما الملك فلا لأنه متجزى كما في البيع والهبة ، ويسمى إعتاقا مجازا ،

وَالْمُسْتَسْعَى كَالْمُكَاتَبِ (سم) ، وَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ عَتَقَ .
فَإِنْ كَانَ فَادِرًا عَلَى قِيَمَةِ نَصِيْبِ شَرِيكِهِ فَاضِلًا عَنْ مَلْبُوسِهِ وَقُوْتِ يَوْمِهِ
وَعِيَالِهِ ، فَشَرِيكُهُ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ دَبَّرَ ، وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَ ، وَإِنْ
شَاءَ ضَمَّنَ الْمُعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ ؛ وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَكَذَلِكَ
إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ (سم) .

لأنه يصير إلى العتق فيحمل حديثهما على ذلك توفيقا بين الأحاديث ، وتجب السعاية في الباقي
على العبد ، لأن مالية الباقي صارت محتبسة عند العبد ، ولأن ما بقي منه على ملكه ،
ووجب إخراجه إلى الحرية بما رويناه ، ولا يلزمه إزالته بغير عوض فكان له أن يستسعيه ،
وله أن يعتقه لأنه ملكه لما رويناه كالمكاتب . قال (والمستسعى كالمكاتب) عند أبي حنيفة
حتى يؤدي السعاية لأنه تعلق عتقه بأداء المال فلا تقبل شهادته ، ولا يرث ولا يورث
ولا يتزوج ، ويفارق المكاتب في خصلة ، وهو أنه لا يرد في الرق لو عجز ، لأن الذي
أوجب السعاية وقوع الحرية في بعضه وهو موجود بعد العجز ؛ وقالوا : هو حرّ مديون ،
لأن العتق وقع في جميعه بناء على ما تقدم من الأصل في التجزى فهو كسائر الأحرار عندهما ،
وهذا كما إذا أعتق بعض عبده ، أو أعتق بعض الشركاء نصيبه أو بعض الورثة أو الغرماء
أو المريض ولم يخرج من الثلث . أما العبد الرهن إذا أعتقه الراهن وهو معسر وسعى العبد
فهو حرّ بالإجماع ، لأن الدين على الراهن لافي رقة العبد ، ولهذا يرجع العبد على الراهن
بما سعى . قال (ولو أعتق أحد الشريكين نصيبه عتق ، فإن كان قادرا على قيمة نصيب
شريكه فاضلا عن ملبوسه وقوت يومه وعياله ، فشريكه إن شاء أعتق ، وإن شاء دبر ،
وإن شاء كاتب ، وإن شاء ضمن المعتق ، وإن شاء استسعى العبد ؛ وإن كان معسرا فكذلك
إلا أنه لا يضمن) وقالوا : ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار . والكلام
في هذه المسألة في مواضع : أحدها الضمان في حالة اليسار ، والدليل عليه ما روى من
الأحاديث أن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب الضمان على المعتق المومر فيجب عليه ،
ولأنه أتلّف نصيب الساكت حيث أعجزه عن التصرف فيه بالتملك فله أن يضمّنه ، فإذا
ضمّنه فالمعتق إن شاء أعتق لأنه ملكه بالضمان ، وإن شاء استسعى العبد لأنه انتقل إليه بما
كان لشريكه من الحقوق ، والولاء له في ذلك كله ، لأنه هو الذي أعتقه أو عتق على
ملكه ويرجع بما أدّى على العبد ، لأنه لما أدّى صار كالشريك الساكت ، وللساكت ذلك
بالسعاية فكذا هذا . والثاني للساكت ولاية الإعناق لما تقدّم أنه على ملكه فله أن يعتق
نسوية بينه وبين شريكه ، فإذا أعتق كان ولاء نصيبه له . والثالث للساكت أن يستسعى
العبد لحديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصا من

مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه ، ولأن نصيبه باق على ملكه فله أن يأخذه من العبد لما بينا ، فإذا استسعى فولاء نصيبه له أيضا لأنه عتق على ملكه . والرابع له أن يدبر أو يكاتب لأنه لما ثبت أن ملكه باق فيه كان قابلا للتدبير والكتابة ، ولأن التدبير نوع إعتاق والكتابة استسعاء منجم ويكون الولاء له أيضا ؛ وفي حالة الإعسار إن شاء الساكت أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لما بينا والولاء له في الوجوه كلها لأنه عتق على ملكه ، وهذه المسألة تبتني على تجزى الإعتاق ، فلما كان يتجزى عنده تفرعت هذه الأحكام عليه ، ولما لم يتجز عندهما عتق كله ، فإن كان موسرا يتعين الضمان لأنه أثلف عليه نصيبه وهو موسر ، وإن كان معسرا تعذر ضمانه فيستسعى العبد لأن ماليته محتبسة عنده ، فله أن يستسعيه كغاصب الغاصب ونحوه ، ولا يرجع العبد بما يؤدي بإجماع بيننا ، لأن منفعته حصلت للعبد بغير رضى المولى فكان ضمانا بعوض حصل له ، ولأنه يسعى لفكالك رقبته لالقضاء دين على المعتق لأنه معسر لم يلحقه شيء . ولهما أيضا قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق نصيبه من عبد مشترك إن كان غنيا ضمن وإن كان فقيرا يسعى العبد » قسم والقسمة تنافي الشركة ، ويعتبر الإعسار واليسار يوم الإعتاق ، حتى لو أعتق وهو موسر فأعسر لا يطل التضمين ، وإن كان معسرا فأيسر لا يثبت له حق التضمين لأنه حق ثبت بنفس العتق فلا يتغير وإن اختلفا في ذلك يحكم الحال ، إلا أن يكون بين الخصومة والعتق مدة تختلف فيها الأحوال ، فالقول للمعتق لأنه منكر ؛ ولو اختلفا في قيمة العبد يوم العتق ، فإن كان قائما يقوم للحال ، وإن كان هالكا فالقول للمعتق أيضا ، وإن كان الإعتاق سابقا على الاختلاف فالقول له أيضا لأنه منكر للزيادة ؛ ولو اختلفا في القيمة ووقت الإعتاق يحكم بالعتق للحال ، وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت في القيمة ؛ ولو مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئا ليس له إلا التضمين ، لأن العتق والسعاية فاتا بالموت ، فإذا ضمن رجع المعتق على كسب العبد إن كان له كسب ، ولو كان المعتق معسرا فللساكت أن يرجع في أكسابه لأن السعاية تجب بنفس العتق ؛ ولو مات المعتق يؤخذ الضمان من ماله إن كان العتق في الصحة ، وإن كان في المرض فلا شيء في تركته . وعن محمد يؤخذ من تركته ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لأن ضمان التملك لا يختلف بالصحة والمرض ؛ ولو مات الساكت فللورثة أحد الاختيارات ، فإن اختار بعضهم العتق وبعضهم الضمان فلهم ذلك . وروى الحسن عن أبي حنيفة ليس لهم إلا الاجتماع على أحدهما . أعتق نصيبه وهو موسر وشريكه عبد مأذون إن كان مديونا فله خيار التضمين أو السعاية ، وإن لم يكن مديونا

وَلَوْ قَالَ لَأَمْتَنِيهِ : إِحْدَاكُمَا حُرَّةٌ ثُمَّ وَطِئْتُ إِحْدَاهُمَا لَانْعَتِقُ الْآخَرَى (سم)
وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَهُ عَبْدِيهِ أَوْ إِحْدَى أَمْتَنِيهِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ (سم) .

فإن قال بعد ذلك : لم أعن هذا عتق الأول أيضا ؛ وكذلك طلاق إحدى المراتين ، بخلاف ما إذا قال لأحد هذين على ألف ، فقليل له هو هذا ؟ فقال لا ، لا يجب للآخر شيء ، والفرق أن التعيين واجب عليه في الطلاق والعتاق ، فإذا نفاه عن أحدهما تعين الآخر إقامة للواجب ؛ أما الإقرار لا يجب عليه البيان فيه ، لأن الإقرار للمجهول لا يلزم حتى لا يجبر عليه ، فلم يكن نفي أحدهما تعيينا للآخر ، ولو أعتق أحدهما في الصحة ثم بين في المرض يعتق من جميع المال لأنه أنشأ عتقا مستحقا عليه فيعتبر من جميع المال كالکفارة . ولو مات قبل البيان عتق من كل واحد نصفه لعدم الأولوية ، ولا يقوم الوارث مقامه في البيان (ولو قال لأمتيه : إحداكما حرّة ثم وطئ إحداهما لاعتق الأخرى) وقالا : تعتق لأن الوطء لا يحلّ إلا في الملك ، وإحداهما حرّة فكان بالوطء مستقبيا للملك في الموطوء فتتبع الأخرى كما في طلاق إحدى المراتين . ولأبي حنيفة أن الإيقاع في المنكرة والوطء في المعينة وهما متغايران فلا يجعل بيانا ؛ ثم قيل العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به ، ولهذا يملك المولى كسبهما وعقرهما وأرشهما ، ويحلّ له وطؤهما عنده ولا يفتي به ، وينزل العتق في إحداهما عند البيان ، وما دام الخيار للمولى فيهما فهما كأمتين . وقيل إنه نازل في المنكرة وإنما يظهر في حقّ حكم يقبله والوطء يقع في المعينة فلا تعين الأخرى ، بخلاف الطلاق ، لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد ، فبالوطء قصد الولد ، فدلّ على استبقاء الملك في الموطوء صيانة للولد ، والمقصود من الأمة قضاء الشهوة دون الولد ، فلا يدلّ على الاستبقاء ، ولو وطئ وطئا معلقا (١) فهو بيان ، ولو استخدم طوعا أو كرها لا يكون بيانا بالإجماع (ولو شهدا أنه أعتق أحد عبديه أو إحدى أمتيه فهي باطلة) وقالا : تقبل ويجبر على إيقاعه على أحدهما ، وفي طلاق إحدى امرأتيه تقبل بالإجماع ، ويجبر على أن يطلق إحداهما ، وهذا بناء على أن دعوى العبد شرط لقبول الشهادة على عتقه عنه خلافا لهما ، ولا يشترط دعوى الأمة والمرأة لقبول الشهادة على حرّيتها وطلاقها بالإجماع . لهما أن هذه شهادة تعلق بها حقّ الله تعالى ، لأن حقوق الله تعالى تتعلق بالحرية من أداء الجمعة والحجّ والزكاة وغير ذلك ، فلا يشترط لها الدعوى كالأمة والحرّة ، وله أنها شهادة قامت على حقوق العباد فيشترط لها الدعوى كسائر حقوقهم ، وهذا لأن معظم المقصود من العتق ونفعه يقع للعبد لأنه يتأهل به للولايات والقضاء والشهادات ، ويرتفع عنه بذلك ذل الملكية ويصير مالكا إلى غير ذلك من المنافع ، بخلاف الأمة والزوجة فإنه يتضمن تحریم الفرج

(١) قوله معلقا ، من العلوق ، وهو الحبل .

باب التديير

وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبْرٍ مَيِّ ، أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ مَعَ مَوْتِي ، أَوْ عِنْدَ مَوْتِي ، أَوْ فِي مَوْتِي ، أَوْ أُوصِيْتُ لَكَ بِنَفْسِكَ أَوْ بِرَقَبَتِكَ ، أَوْ بِثُلْثِ مَالِي ، فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا ،

وأنه حقّ الله تعالى حتى لو لم يتضمن تحريم الفرج لا يقبل بأن كانت الشهادة على عتق إحدى الأمتين بغير عينها فافترقا ، فإذا كانت الدعوى شرطا لقبول الشهادة عنده وهذا الشرط لم يوجد هنا لا تقبل ، لأن المشهود له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق ، ولما لم تكن شرطا عندهما قبلت الشهادة من غير دعوى فيجبره القاضي على التعيين . وأما الشهادة على عتق إحدى الأمتين فلأن الدعوى وإن لم تكن شرطا في عتق الأمة فإنما لم تقبل لأنها لا تقتضي تحريم الفرج فصارت كالشهادة على أحد العبدین ، وهذا إذا شهد عليه في صحته ؛ أما إذا شهد أنه أعنتق أحد عبديه في مرض موته أو دبره وأدّيا الشهادة في مرضه أو بعد موته قبلت استحسانا ، لأن العتق في المرض وصية ، وكذلك التديير وصية والخصم معلوم ، لأن العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما متعينا .

باب التديير

وهو العتق الواقع عن دبر الإنسان : أى عبده ، وهو مأخوذ منه ؛ وحقيقته أن يعلق عتق مملوكه بموته على الإطلاق . والأصل في جوازه أنه عتق معلق بشرط فصار كالمعلق بدخول الدار ، ولأنه وصية للعبد برقبته فصار كغيره من الوصايا ، وهو لإيجاب العتق للحال ، وتأخير ثبوته إلى ما بعد الموت ، لأن ثبوته بعد الموت يستدعى إعتاقا ، والميت ليس أهلا له ، فلا بدّ من أن ينعقد التديير سببا للحرية في الحال ليستفاد منه الحرية في المآل بخلاف المدبر المقيد لأنه ينعقد سببا للحرية في آخر جزء من أجزاء حياته ، لأن عتقه معلق بموت موصوف بصفة وأنه مشكوك فيه فلا يفضى إلى الموت قطعا فتعذر اعتباره سببا . أما الموت المطلق كائن لاحالة فكان مفضيا إلى الموت فأمكن اعتباره سببا للحال . قال (وإذا قال لعبده : إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبْرٍ مَيِّ ، أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ مَعَ مَوْتِي ، أَوْ عِنْدَ مَوْتِي ، أَوْ فِي مَوْتِي ، أَوْ أُوصِيْتُ لَكَ بِنَفْسِكَ ، أَوْ بِرَقَبَتِكَ ، أَوْ بِثُلْثِ مَالِي ، فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا) أما لفظ التديير فهو صريح فيه كلفظ العتق في الإعتاق ؛ وأما تعليق الحرية بالموت فلائنه معنى التديير ؛ وأما مع موتي فلائنها للقران والشروط لا بدّ من تقديمها ، فكأنه قال : بعد موتي وأنه تديير ، وعند موتي تعليق

وَتَجُوزُ كِتَابَتُهُ ؛ وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُدَبِّرَةُ مِنْ مَوْلَاهَا صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ وَسَقَطَ عَنْهَا التَّدْبِيرُ وَلَا تَسْعَى فِي شَيْءٍ أَصْلًا ، وَلَكِنَّهُ اسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَوَطْئُهَا ،

العتق بالموت ، ولا بد من وجوده أولا وفي موتي ، لأن حرف الظرف إذا دخل على الفعل جعله شرطًا ، وكذلك إذا ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك لأن المعنى واحد . وأما الوصية بالرقبة ونحوها فلأن العبد لا يملك رقبة نفسه ، والوصية تقتضي زوال ملك الموصي وانتقاله إلى الموصى له ، وأنه في حق العبد حرية مثل قوله : بعث نفسك منك ، أو وهبها لك . وأما الوصية بالثلث ونحوه فلأنه يقتضي ملكه ثلث جميع ماله ورقبته من ماله فيملكها فيعتق ، وكذلك بسهم من ماله لأنه عبارة عن السدس ؛ ولو قال : بجزء من ماله لا يكون تدبيرًا ، لأنه عبارة عن جزء مبهم والتعيين إلى الورثة فلا تكون رقبته داخلة في الوصية لاحتمال . وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا قال : إذا مت ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حرّ ليس بتدبير لأنه علق العتق بالموت وبمعنى آخر ، والقياس أن لا يعتق بالموت ، لأن التدبير تعليق بالموت على الإطلاق وهذا تعليق بالموت ، ومعنى آخر فصار كما إذا قال : إذا مت ودخلت الدار ، لكن استحسن أن يعتق من الثلث لأنه علق العتق بالموت وبصفة توجد عند الموت قبل استقرار ملك الورثة ، فصار كما إذا علقه بالموت بصفة ، بخلاف دخول الدار ، لأنه لا تعلق له بالموت فصارت يمينا فتبطل بالموث كسائر الأيمان ، وفي اختلاف زفر ويعقوب إذا قال : أنت حرّ إن متّ أو قتلت . قال أبو يوسف : ليس بمدبر . وقال زفر : هو مدبر لأنه علقه بالموت لاحتمال . ولأبي يوسف أنه علق العتق بأحد أمرين فصار كقوله : إن متّ أو مات زيد ، وإذا صحّ التدبير لا يجوز له إخراجه عن ملكه إلا بالعتق ، لقوله عليه الصلاة والسلام « المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث » ولأنه سبب للحرية في الحال على ما بينا ، وأنه كائن لاحتمال ، وفي الهبة والبيع إبطاله فلا يجوز ، ولأنه أوجب له حقًا في الحرية فيمنع البيع كالكتابة والاستيلاء ، وإذا ثبت هذا فنقول : كلّ تصرف يجوز أن يقع في الحرّ يجوز في المدبر كاستخدام والإجارة والوطء ، لأن حق الحرية لا يكون أكثر من الحرية ، وكل تصرف لا يجوز في الحرّ لا يجوز في المدبر إلا الكتابة على ما نبينه كالبيع والهبة والرهن . أما البيع والهبة فلما بينا ؛ وأما الرهن فلأن المقصود منه الاستيفاء ، وما لا يجوز بيعه لا يمكن الاستيفاء منه . قال (وتجاوز كتابته) لأنها تعجيل الحرية المؤجلة ، وله ذلك كما لو نجز العتق (وإذا ولدت المدبرة من مولاه صارت أمّ ولد له وسقط عنها التدبير) لأنه خير لها فانه زيادة وصف وتأکید ، لأنه تثبت به الحرية بعد الموت بالإجماع (ولا تسعى في شيء أصلا ، واه استخدامها وإجارتها ووطؤها) لأن ملكه ثابت فيها فتنفذ هذه التصرفات ولما بيناه آنفا

وَكَسَبُهَا وَأَرْشُهَا لِلْمَوْلَى ؛ وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ فَبِحَسَابِهِ ؛ وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ سَعَى فِي كُلِّ قِيَمَتِهِ ؛ وَلَوْ دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَضَمِنَ نِصْفَ شَرِيكِهِ ثُمَّ مَاتَ عَتَقَ نِصْفَهُ (سَمَ) بِالتَّدْبِيرِ وَسَعَى فِي نِصْفِهِ ؛ وَإِنْ قَالَ لَهُ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، أَوْ إِنْ مِتُّ إِلَى عِشْرِينَ سَنَةً فَهُوَ تَعْلِيْقٌ يُجُوزُ بَيْعُهُ ، فَإِنْ مَاتَ عَلَى تِلْكَ الصَّفَةِ عَتَقَ .

باب الاستيلاء

(وكسبها وأرشها للمولى) لأنها باقية على ملكه ، وإنما تستحق الحرية عند وجود الشرط وقبله هي كالأمة ، والمولى تزويجها بغير رضاها لأنه يملك منافع بضعها ، ويملك وطأها وذلك جائز في الحرقر أيضا ، وولد المدبرة مدبر باجماع الصحابة ، ولأنه وصف لازم فيها فيتبعها فيه كالكتابة . قال (وإذا مات المولى عتق من ثلث ماله) لما روينا من الحديث ، ولأنه علق عتقه بالموت فكان وصية ، والوصية تعتبر من الثلث (فإن لم يخرج) من الثلث (فبحسابه) معناه : يحسب ثلث ماله فيعتق منه بقدره ويسعى في باقيه (وإن كان على المولى دين سعى في كل قيمته) لما بينا أنه وصية والدين مقدم على الوصية ، والمراد دين يحيط بالتركة ، والحرية لا يمكن ردّها فوجب عليه السعاية رعاية للجانيين . قال (ولو دبر أحد الشريكين وضمن نصف شريكه ثم مات عتق نصفه بالتدبير وسعى في نصفه) لأن نصفه على ملكه عنده من غير تدبير ، وعندهما يعتق جميعه بالتدبير ، لأن تدبير بعضه تدبير الجميع وهو فرع تجزى الإعتاق (وإن قال له : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، أَوْ إِنْ مِتُّ إِلَى عِشْرِينَ سَنَةً فَهُوَ تَعْلِيْقٌ) وهو التدبير المقيد (يجوز بيعه) لما بينا أنه ليس بسبب للحال فلا يكون البيع والتصرفات إبطالا للسبب ، ولأنه لم يستحق حق الحرية لاحالة فلا يكون البيع إبطالا لحق الحرية فيجوز بخلاف المدبر المطلق ؛ فَإِنْ مَاتَ عَلَى تِلْكَ الصَّفَةِ عَتَقَ (لوجود الشرط من الثلث لما بينا . وذكر أبو الليث في النوازل ، والحاكم في المنتقى لو قال لعبده : إِنْ مِتُّ إِلَى مِائَتِي سَنَةً فَأَنْتَ حُرٌّ ، فهو مدبر مقيد ، وهو قول أبي يوسف فيجوز بيعه . وقال الحسن بن زياد : هو مدبر مطلق لا يجوز بيعه ، واختار أنه متى ذكر مدة لا يعسر ، إليها غالبا فهو مدبر مطلق لأنه كالكائن لاحالة .

باب الاستيلاء

وهو في اللغة : طلب الولد مطلقا ، فان الاستفعال طاب الفعل . وفي الشرع : طلب الولد من الأمة ، وكل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها أو لبعضها فهي أم ولد له ،

لَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْأُمَةِ مِنْ مَوْلَاهَا إِلَّا بِدَعْوَاهُ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ بِهِ صَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، فَإِذَا وَلَدَتْ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ ثَبَتَ بِغَيْرِ دَعْوَةٍ ، وَيَنْتَفِي بِمَجْرَدِ نَفْيِهِ بِغَيْرِ لِعَانٍ ،

لأن الاستيلاء فرع لثبوت الولد ، فإذا ثبت الأصل ثبت فرعه . قال (لا يثبت نسب ولد الأمة من مولاهما إلا بدعواه) لأنه لا فراش لها ، فإن غالب المقصود من وطء الأمة قضاء الشهوة دون الولد ، فإن أشرف الناس يمتنعون من وطء الإمام تحرزا عن الولد لئلا يعبر ولده بكونه ولد أمة ، فيشترط لثبوته دعواه لهذا المعنى ، ولهذا جاز له العزل في الأمة دون الزوجة ، لأن المراد من وطء الزوجة طلب الولد غالبا ؛ قال عليه الصلاة والسلام « تناكحوا تكثرُوا » إشارة إلى أن المراد من شرعية النكاح التوالد والتناسل ، ثم إن كان يطؤها ولا يعزل عنها لا يحل له نفية فيما بينه وبين الله تعالى ، ويلزمه أن يعترف به لأن الظاهر أنه منه ، وإن كان يعزل عنها ولم يحصنها جاز له النفي لتعارض الظاهرين وقال أبو يوسف : إن كان يطؤها ولم يحصنها أحب إلى أن يدعيه . وقال محمد : أحب إلى أن يعتق ولدها ويستمتع بها فإذا مات أعتقها . لأبي يوسف أنه يجوز أن يكون منه فلا ينفيه بالشك . ولمحمد أنه يجوز أن يكون منه ويجوز أن لا يكون منه فلا يجوز التزامة بالشك . أما العتق فيحتمل أن يكون عبدا ويحتمل أن يكون حرا فلا يسترقه بالشك ، ويستمتع بالأم لأنه مباح له وإن ثبت نسبه ، فإذا مات أعتقها حتى لا تسترق بالشك (فإذا اعترف به صارت أم ولد ، فإذا ولدت منه بعد ذلك ثبت بغير دعوة) لأنه لما ادعى الأول وثبت نسبه تبين أنه قصد الولد فصارت فراشا فيثبت بغير دعوة كالمناكحة (وينتفى بمجرد نفية بغير لعان) لأن فراشا ضعيف حتى يقدر على إبطاله بالتزويج وبالعتق فينفرد بنفيه ، بخلاف النكاح فإن فراشه قوى لا يملك إبطاله فلا ينتفى ولده إلا باللعان ؛ ولو أقر أن أمته حبلى منه ثم جاءت بولد لستة أشهر ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له ، ولأكثر من ستة أشهر لا ، وسواء كان الولد حيا أو ميتا أو سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه إذا أقر به وهو بمنزلة الكل لأن السقط تتعلق به أحكام الولادة على ما مر ، وإن لم يستبين شيء من خلقه وألقته مضغة أو علقه فادعاه لم تصر أم ولد له ، رواه الحسن عن أبي حنيفة لأنه يحتمل أن يكون دما أو لحما فلا يثبت الاستيلاء بالشك ، ولو حرم وطؤها عليه بعد ذلك بوطء أبيه أو ابنه ، أو بوطئه أمها أو بنتها لم يثبت نسب ما تلده بعد ذلك إلا بالدعوة لأن فراشا انقطع ؛ وإذا ولدت الأمة من رجل ولدا لم يثبت نسبه منه بأن زنى بها ثم ملكها وولدها عتق الولد وجاز له بيع الأم . وقال زفر : لا يجوز لأن الحرية تثبت للولد بالولادة فيثبت لأمه الاستيلاء كالثابت بالنسب . ولنا أن الاستيلاء يتبع النسب ولهذا يضاف إليه ،

وَلَا يَجُوزُ إِخْرَاجُهَا مِنْ مِلْكِهِ إِلَّا بِالْعَتَقِ ، وَلَهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارُهَا
وَكِتَابَتُهَا ، وَتَعْتَقُ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَلَا تَسْعَى فِي دُيُونِهِ ؛
وَحُكْمُ وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ بَعْدَ الْإِسْتِيلَادِ حُكْمُهَا ؛ وَإِذَا أَسْلَمَتِ أُمُّ وَلَدِ
النَّصْرَانِي سَعَتْ فِي قِيمَتِهَا وَهِيَ كَالْمُكَاتِبَةِ (ز) ،

فيقال أم ولد ، وهو الذي يثبت لها الحرية ، قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها »
ولم يثبت النسب فلا يثبت التبعية . وأما حرية الولد فلأنها تثبت بحكم الجزئية ، وصار كما لو
أعتقه بالعتق . قال (ولا يجوز إخراجها من ملكه إلا بالعتق) فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا
تمليكها بوجه مآ . والأصل في ذلك ما روى محمد بن الحسن بإسناده « أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أعتق أمهات الأولاد من جميع المال ، وقال : لا يعرن ولا يبعن » وعن عمر
رضي الله عنه أنه كان ينادي على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا إن بيع أمهات
الأولاد حرام ، ولارق عليها بعد موت مولاها ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فحل
عمل الإجماع . وعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت أم إبراهيم
أعتقها ولدها . وعن سعيد بن المسيب « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات
الأولاد ، ولا يسعين في الدين ، ولا يجعلن من الثلث » . وروى عبيدة السلماني قال : قال
علي بن أبي طالب : اجتمع رأيي ورأي عمر في نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وسلم على عتق أمهات الأولاد ، ثم رأيت بعد أن يبعن في الدين ، فقال عبيدة السلماني :
رأيك ورأي عمر في جماعة أحب إلينا من رأيك في الفرقة ، قال علي رضي الله عنه :
إن السلماني لفيق ، ورجع عن ذلك . قال (وله وطؤها واستخدامها وإيجارها وكتابتها)
لأن الملك قائم فيها كالمديرة ، فإن كل واحد منهما عتق معلق بالموت ، والكتابة تعجيل
العتق على ما بيناه في المدبر ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفارق مارية بعد ما ولدت .
قال (وتعتق بعد موته من جميع المال ، ولا تسعى في ديونه) لما تقدم من الأحاديث
(وحكم ولدها من غيره بعد الاستيلاء حكمها) لما تقدم أن الحكم المستقر في الأم يسرى
إلى الولد . قال (وإذا أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها وهي كالمكاتبة) لاعتق
حتى تؤدّى . وقال زفر : نعتق للحال والسعاية دين عليها ، لأن زوال رقه عنها واجب
بالإسلام إما بالبيع أو بالإعتاق ، وقد تعذر البيع بالاستيلاء فتعين العتق . ولما أن ما قلناه
نظر لهما ، لأن ذلك الرق يندفع عنها يجعلها مكاتبة لأنها تصير حرة يدا ، ويندفع الضرر
عن الذي فتسعى في الأداء لتنال الحرية ، ولو قلنا بعتقها في الحال وهي معسرة تتوانى
عن الاكتساب والأداء إلى الذي فيتضرر ، وهي وإن لم تكن متفومة فهي محترمة وهو
مكفي للضمان ، كما إذا عفا أحد الشركاء عن القصاص يجب المسال للباقيين ، وهذا إنما يجب

وَلَوْ مَاتَ سَيِّدُهَا عَتَقَتْ بِهَا سَعَايَةَ . وَلَوْ تَزَوَّجَ أُمَةً غَيْرَهُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ
ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ ؛ وَلَوْ وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَوَلَدَتْ وَادَّعَاهُ ثَبَتَ
نَسَبُهُ وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا دُونَ عَقْرِهَا وَقِيمَةِ وَلَدِهَا ،
وَالْجَدُّ كَالْأَبِ عِنْدَ انْقِطَاعِ وِلَايَتِهِ .
جَارِيَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَلَدَتْ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ

عليها إذا عرض عليه الإسلام فأبى حتى يجب زوال ملكه عنها ؛ أما إذا أسلم فهي أمٌ ولده
على حالها كما قلنا في النكاح (ولو مات سيدها عتقت بلا سعاية) لأنها أمٌ ولد . قال (ولو
تزوج أمة غيره فجاءت بولد ثم ملكها صارت أمٌ ولد له) وكذا لو استولدها بملك يمين
ثم استحققت ثم عادت إلى ملكه فهي أمٌ ولد له ، لأن نسب الولد ثابت منه فثبتت أميته
الولد لأنها تتبعه على ما مر ، ولأن الاستيلاء حرية تتعلق بثبوت النسب ؛ فإذا جاز أن
يثبت النسب في غير الملك جاز أن يثبت ما يتعلق به أيضا تبعا له ، بخلاف ما إذا ولدت منه
من زنا على ما بينا . قال (ولو وطئ جارية ابنه فولدت وادَّعاه ثبت نسبه وصارت أمٌ
ولد له ، وعليه قيمتها دون عقرها وقيمة ولدها) لأن للأب أن يملك مال ابنه للحاجة إلى
البقاء للأكل والمشرَب ، فله أن يملك جاريته للحاجة إلى صيانة مائه وبقاء نسله ، لأن
كفاية الأب على ابنه لما مر في النفقات ، إلا أن حاجته إلى صيانة مائه وبقاء نسله دون
حاجته إلى بقاء نفسه ، فلهذا قلنا يملك الجارية بقيمتها ، والطعام بغير قيمة ، ويثبت له
هذا الملك قبيل الاستيلاء ليثبت الاستيلاء ، ولأن المصحح للاستيلاء إما حقيقة الملك
أو حقه ، ولا بد من ثبوته قبل العلوق ليلاقى ملكه فيصح الاستيلاء ، وإذا صح في ملكه
لاعقر عليه ولا قيمة الولد لما أن العلوق حدث على ملكه ؛ ولو أن الابن زوجها من الأب
فولدت منه لم تنصر أمٌ ولد لأن مائه صار مصونا بالنكاح فلا حاجة إلى الملك ولا قيمة
عليه لأنه لم يملكها ، وعليه المهر لأنه التزمه بالنكاح وولدها جرّ لأنه ملكه أخوه فيعتق
عليه لما بيناه ؛ وأصله أن هذا النكاح صحيح لأنه لملك للأب فيها ، لأن الابن
يملك فيها جميع التصرفات وطئا وبيعا وإجارة وعتقا وكتابة وغير ذلك ، والأب لا يملك
شيئا من ذلك ، وأنه دليل انتفاء ملك الأب وعدم وجوب الحدّ على الأب بوطئها للشبهة ،
وإذا أنقض ملك الأب جاز نكاحه كما إذا تزوج الابن جارية الأب . قال (والجدُّ كالأب
عند انقطاع وِلايته) لأنه يقوم مقامه ومع وِلايته لا ولاية للجدّ ، والولاية تنقطع بالكم
والرقّ والرذّة والحق والموت . قال (جارية بين اثنين ولدت فادَّعاه أحدهما ثبت
نسبه) لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي لأنه لا يتجزى ، لأن
سيبه وهو العلوق لا يتجزى ، فان الولد الفرد لا يتعلق من ماء رجلين وصارت أمٌ ولد له

وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا وَنِصْفُ عَقْرِهَا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَةِ وَلَدِهَا ، وَإِنْ ادَّعَاهُ مِمَّا صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهَا وَيُثَبِّتُ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ عَقْرِهَا ، وَيَرِثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَابَنٍ ، وَيَرِثَانِ مِنْهُ كَأَبٍ وَاحِدٍ .

وهذا عندهما ظاهر ، لأن الاستيلاء لا يتجزى ، وأما عنده فنصيبه يصير أم ولد ويتملك نصيب صاحبه لأنه قابل للملك فيكمل له فيصير الكل أم ولد (وعليه نصف قيمتها) لأنه تملكه (و) عليه (نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة لأن الملك يتعقب الاستيلاء حكما له (ولا شيء عليه من قيمة ولدها) لأن النسب يثبت مستندا إلى وقت العلوق ولم يتعلق شيء منه على ملك شريكه . قال (وإن ادَّعياه معا صارت أم ولد لهما) لصحة دعوى كل واحد منهما في نصيبه في الولد ، والاستيلاء يتبع الولد (ويثبت نسبه منهما) لما روى أن عمر رضي الله عنه كتب إلى شريح في هذه الحادثة : لبسا فلبس عليهما ، ولو بينا لبن لهما ، هو ابنيهما يرثهما ويرثانه ، وهو للبني منهما ، وذلك بحضور من الصحابة من غير تكثير فكان إجماعا ، ومثله عن علي رضي الله عنه أيضا ، ولأنهما مستويان في سبب الاستحقاق وهو الملك فيستويان في الاستحقاق . وما روى من حديث المدلجي وأسامة بن زيد وفرح النبي عليه الصلاة والسلام . قلنا : لم يثبت ذلك عنده عليه الصلاة والسلام بقول القائف ، فإنه عليه الصلاة والسلام كان يعلم ذلك ولكن المشركون كانوا يطعنون في نسب أسامة ، فكان قول القائف قاطعا لطمعهم ، لأنهم كانوا يعتقدونه في الجاهلية لأنه حكم شرعي ، فلذلك فرح النبي صلى الله عليه وسلم . وأما كون النسب لا يتجزأ فتعلق به أحكام متجزئة ، فما لا يتجزأ يثبت في حق كل واحد منهما كمالا ، وما يقبله يثبت في حقهما متجزئا عملا بالدلائل بقدر الإمكان (وعلى كل واحد منهما نصف عقرها) ويسقط قصاصا بنماله على الآخر ، إذ لا فائدة في قبضه وإعطائه (ويرث من كل واحد منهما كابن) لأنه لما أقر أنه ابنه فقد أقر له بعيراث ابن (ويرثان منه كأب واحد) لاستوائهما في الاستحقاق كما إذا أقاما البينة ، فإن كانت لجارية بين أب وابن فهو للأب ترجيحاً لجانبه لما له من الحق في نصيب الابن كما تقدم ، وإن كانت بين مسلم وذمي فهو للمسلم ترجيحاً للإسلام . وقال زفر : هما سواء في المسألتين لاستوائهما في الملك الموجب . قلنا دعوة الأب راجحة بدليل أنه أو ادعى نسب ولد جارية الابن يصح وبالعكس لا . والمسلم راجح بالإسلام ولأنه أنفع للصغير .

كتاب المكاتب

وَمَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فَقَبِلَ صَارَ مُكَاتَبًا . وَالصَّغِيرُ الَّذِي يَغْفِلُ
كَالْكَبِيرِ ، وَسَوَاءُ شَرْطُهُ حَالًا أَوْ مُؤَجَّلًا أَوْ مُنْجَمًا ، وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ
يَخْرُجُ عَنْ يَدِ الْمَوْلَى دُونَ مِلْكِهِ .

كتاب المكاتب

الكتابة مستحبة مندوبة ، قال تعالى - فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا - والمراد النذب ،
لأن الإيجاب غير مراد بالإجماع ، ولوحلتاه على الجواز يلزم ترك العمل بالشرط لأنها
جائزة بدونه بالإجماع ، وقوله - إن علمتم فيهم خيرا - خرج نخرج العادة ، أو نقول :
إن لم يعلم فيه خيرا فالأفضل أن لا يكتبه ، ولما فيها من السعي في حصول الحرية ومصلحتها ،
وهي مشروعة بما تلونا من الكتاب والسنة ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من كاتب
عبدا على مائة أوقية فأدأها كلها إلا عشرة أواق فهو عبده » قال عليه الصلاة والسلام
« المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وعلى جوازها الإجماع .

قال (ومن كاتب عبده على مال فقبل صار مكاتبا) أما الجواز فلما بينا ، وأما شرط
القبول فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزاهي وذلك بالقبول ، ولا يعتق إلا بأداء جميع البدل
لما رويناه من الحديث ، فإذا أدأه عتق ، وإن لم يقل له المولى إن أدأته فأنت حر لأنه
موجب العقد فيثبت من غير شرط كما في البيع (والصغير الذي يعقل كالكبير) وهي
فريضة الإذن للصبي العاقل قال (وسواء شرطه حالا أو مؤجلا أو منجما) لإطلاق النصوص ؛
وقيد التأجيل زيادة على النص فيرد كما في سائر المعاضات ؛ بخلاف السلم لأن المسلم
فيه معقود عليه وهو بيع المفاليس على ما بيناه في السلم ، فلا بد من زمان يقدر على تحصيله ؛
أما هنا البدل معقود به فلا يشترط قدرته عليه كالثمن في البيع إذا كان المشتري مفلسا
أو أفلس بعد الشراء ، ويجوز أن يقترض البدل ويوفيه في الحال ؛ أما المسلم فيه لو قدر
عليه بأن كان له أو اقترضه لما باعه بأوكس الثمن ولباعه فيمن يزيد بقيمة الوقت ،
وإذا كاتبه حالا فكما امتنع من الأداء يرد في الرق لأنه عجز ، وعجز المكاتب يوجب
رده إلى الرق . قال (وإذا صحت الكتابة يخرج عن يد المولى دون ملكه) حتى يصير أحق
بمنافعه وأكسابه . لأن المطلوب من الكتابة وصول المولى إلى البدل ووصول العبد إلى
الحرية بأداء بدلها ، ولا يتحقق ذلك إلا بفك الحجر عنه وثبوت حرية اليد حتى يتجر
ويكتسب ويؤدّي البدل ، فإذا أدأى عتق هو وأولاده بعته وخرج عن ملك المولى أيضا

وَإِذَا أَتَلَفَ الْمَوْلَى مَالَهُ غَرِمَهُ . وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبَةَ فَعَلَيْهِ عَقْرُهَا ، وَلَوْ جَنَى عَلَيْهَا أَوْ عَلَى وَلَدِهَا لَزِمَهُ الْأَرْضُ ؛ وَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْمُكَاتَبَ نَقَدَ عَتَقَهُ وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ ، وَهُوَ كَالْمَأْذُونِ فِي جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ بِمَنْعِ الْمَوْلَى ، وَلَهُ أَنْ يُسَافِرَ وَيُزَوِّجَ الْأُمَةَ وَيُكَاتِبَ عَبْدَهُ ، فَإِنْ أَدَّى قَبْلَهُ فَوَلَّاهُ لِلْمَوْلَى ،

عملاً بمقتضى العقد كما مرّ . قال (وإذا أتلف المولى ماله غرمه) لما بينا أن أكسابه له ، فيكون المولى فيها كالأجنبي ، ولأنه لو لم يضمه لتسلط على إتلافه فلا يقدر على أداء الكتابة فلا يحصل المقصود بالعقد (وإن وطئ المكاتبه فعليه عقرها) لأنه من أجزائها وهي أخصّ بها تحقيقاً للمقصود وهو وصولها إلى الأداء ، ولهذا لو وطئت بشبهة أو جنى عليها كان عقرها وأرض الجناية لها . قال (ولو جنى عليها أو على ولدها لزمه الأرض) لما بينا قال (وإن أعتق المولى المكاتب نفذ عتقه) لبقائه على ملكه رقبة (وسقط عنه مال الكتابة) لحصول المقصود بدونه وهو العتق ، وكذلك لو أبرأه عن البدل أو وهبه منه فانه يعتق قبل أو لم يقبل لأنه أتى بمعنى العتق وهو إبرأؤه من البدل وإسقاطه عنه ، إلا أنه إذا قال لأقبل عتق وبقى البدل ديناً عليه لأن هبة الدين ترتدّ بالردّ والعتق لا . قال (وهو كالمأذون في جميع التصرفات) ويمنع من التبرّعات إلا ما جرت به العادة كما عرف ثم ، لأن مقتضاها إطلاق تصرفه في التجارات للاكتساب كالمأذون (إلا أنه لا يمتنع بمنع المولى) لأن ذلك يؤدّى إلى فسخ الكتابة ، والمولى لا يملك فسخ الكتابة لأنه من جانبه تعليق العتق فلا يملك فسخه والرجوع عنه . قال (وله أن يسافر) لأنه من باب التجارة والاكتساب ، وإن شرط المولى أن لا يخرج من بلده فله السفر استعساناً لأنه شرط يخالف موجب العقد ، وهو حرية اليد والتفرد بالتصرف فيبطل ، إلا أنه لا يفسد العقد لأنه لم يتمكن في صلبه ، ومثله لا يفسد الكتابة (ويزوج الأمة) لأنه من الاكتساب فإنه يوجب لها النفقة والمهر ، بخلاف العبد فإنه يوجبهما في رقبته قال (ويكاتب عبده) لأنه من أنواع الاكتساب فصار كالبيع بل هو أنفع لأنه لا يزول ملكه عنه إلا بعد وصول البدل إليه ، وفي البيع يزول الملك بالعقد ؛ والقياس أنه لا يجوز لأن ماله إلى العتق فصار كالإعتاق على مال ، وجوابه ما قلنا ، بخلاف العتق على مال ، فإنه بالعتق يخرج عن ملكه ، وقد لا يصل إلى البدل لإفلاس العبد وعجزه عن الاكتساب ، ولأنه يوجب للمعتق أكثر ما وجب له ، والشئ لا يتضمن ما هو فوته ، بخلاف الكتابة فانه يثبت للثاني مثل ما ثبت له وفيه احتياط . قال (فان أدّى قبله فولاؤه للمولى) معناه : إذا أدّى المكاتب الثاني قبل الأول ، لأن للمولى فيه نوع ملك فيصحّ إضافة الإعتاق إليه لانه مسبب عند تعذّر إنصافها إلى المباشر كالوكيل ،

وإن أدّى الأول قبله فولأؤه له ، وإن ولد له من أمته ولد فتحكمه
 حكمه وكسبه له ، وكذلك ولد المكاتبه معها . ولو زوج أمته من
 عبده ثم كاتبها فولدت دخل في كتابه الأم ، وإن ولدت من مولاها
 إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت صارت أم ولد له وعجزت
 نفسها ، وإن كاتب أم ولده جاز ، فإذا مات سقط عنها مال الكتابة ،
 وإن كانت مدبرة جاز ، فإن مات المولى ولا مال له إن شاء سعى في ثلثي
 قيمته أو جميع بدل الكتابة (سم) .

فإذا أدّى الأول بعد ذلك وعق لم ينتقل إليه الولاء ، لأن المولى جعل معتقا بسبب صحيح
 فلا ينتقل عنه (وإن أدّى الأول قبله فولأؤه له) لأنه إذا أدّى الأول عتق وصار أهلا
 فيضاف إليه لأنه الأصل . قال (وإن ولد له من أمته ولد فتحكمه حكمه وكسبه له)
 لأنه لو كان حراً عتق عليه ، فإذا كان مكاتباً يتكاتب عليه تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ،
 وإذا دخل في كتابته كان كسبه له ، لأن كسب ولده كسب كسبه . قال (وكذلك ولد
 المكاتبه معها) لأنه ثبت فيها صفة امتناع البيع فيسرى إلى الولد كالندير ونحوه . قال
 (ولو زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت دخل في كتابه الأم) لرجحان جانب الأم
 كما مر في الحرية والرق . قال (وإن ولدت من مولاها إن شاءت مضت على الكتابة وإن
 شاءت صارت أم ولد له وعجزت نفسها) لأنه صار لها جهتا حرية : عاجل يبدل الكتابة
 وأجل بغير بدل وهي أمية الولد فتختار أيهما شاءت ، وولدها ثابت النسب من المولى
 لأن ملكه ثابت في الأم وهو كاف للاستيلاد وهو حر ، لأن المولى يملك إعتاق ولدها ،
 فإن عجزت نفسها وصارت أم ولد فتحكمها ما تقدم ، وإن مضت على الكتابة فلها أخذ
 العقر لما قدمناه ، فإن مات المولى بعد ذلك عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ،
 وإن مات قبله وتركت مالا يؤدّى منه بدل الكتابة ، وما بقي يرثه ابنها كما عرف ، وإن
 لم يترك وفاء فلا سعاية على الولد لأنه حر ، فإن ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى إلا بدعوة
 لحرمة وطئها عليه ، فإن لم يدعه حتى مات من غير وفاء سعى الولد الثاني لأنه مكاتب تبعاً
 لها ، فلو مات المولى بعدها عتق وبطلت عنه السعاية لأنه في حكم أم الولد . قال (وإن
 كاتب أم ولده جاز) لما مر في الاستيلاد (فإذا مات سقط عنها مال الكتابة) لأنها عتقت
 بالاستيلاد ، والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل ، ويسلم لها الأولاد والأكساب
 لما بينا ، وإن أدّت قبل موت المولى عتقت بمقتضى عقد الكتابة (وإن كانت مدبرة
 جاز) لما مر في التدبير (فإن مات المولى ولا مال له إن شاء سعى في ثلثي قيمته أو جميع
 بدل الكتابة) وقال أبو يوسف : يسعى في الأقل منهما . وقال محمد : يسعى في الأقل .

وإذا كاتبَ المسلمُ عبدهُ على خمرٍ، أو خنزيرٍ، أو على قيمةِ العبدِ (س)،
أو على ألفٍ على أن يردَّ إليه عبداً بغيرِ عينه فهو فاسدٌ، فإن أدَّى
الخنزيرَ عتقَ (ز) .

من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة، فالتخير مذهب أبي حنيفة وحده، ومحمد وحده
خالف في المقدار، فخلافتهم في التخير بناء على اختلافهم في تجزى الإعتاق؛ فعند
أبي حنيفة لما تجزى عتق ثلثه بالموت وبقي ثلثاه فقد توجه له وجهها عتق : معجل وهو
السعاية بالتدبير، ومؤجل يبدل الكتابة فيختار أيهما شاء؛ وعندهما عتق كله لما عتق
بعضه، وقد وجب عليه أحد المسالين فيؤدَّى أقلهما لأنه يختار الأقلّ لامحالة؛ ولمحمد
في المقدار أن البدل مقابل بالكل، وقد سلم له الثلث بالتدبير فيسقط بقدره، لأنه
ما أوجب البدل في مقابلة الثلثين، ألا ترى أنه لو خرج من الثلث سقط عنه جميع البدل،
فإذا خرج ثلثه سقط الثلث وصار كما إذا دبر مكاتبه ومات فإنه يسعى في الأقلّ من ثلثي
القيمة وثلثي البدل كذا هذا. ولهما أنه قابل جميع البدل بثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء،
وهذا لأنه بالتدبير استحقّ حرّية الثلث ظاهراً، والعاقل لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحقه
من حرّيته وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كانت الألف مقابلة
بالواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا هذا، بخلاف ما إذا دبر مكاتبه لأن البدل مقابل
بالجميع إذ لا استحقاق له في شيء بالكتابة فافترقا .

فصل

(وإذا كاتب المسلم عبده على خمر، أو خنزير، أو على قيمة العبد، أو على ألف على
أن يردَّ إليه عبداً بغير عينه فهو فاسد) لأن الخمر والخنزير ليسا بمال في حق المسلم فلم
يصلحا بدلاً، والقيمة مجهولة القدر والجنس والصفة، فصار كالكتابة على ثوب أو دابة
فإنه لا يجوز لتفاحش الجهالة كذا هذا. وأما الثالثة فذهب أبي حنيفة ومحمد . وقال
أبو يوسف : هي جائزة ويقسم الألف على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها
حصة العبد ويصير مكاتباً بالباقي، لأنه لو كاتبه على عبد صح وانصرف إلى عبد وسط
فكذا يصح استثنائه منه. ولهما أن المستثنى مجهول فيوجب جهالة المستثنى منه، ولأن العبد
لا يصحّ مستثنى من الألف، وإنما المستثنى قيمته، والقيمة لا تصلح بدلاً فلا تصلح
مستثنى : قال (فإن أدَّى الخمر عتق) باعتبار التعليق، وإن لم ينصّ على التعليق، لأن
الفاسد معتبر بالجائز كالبيع . وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر، لأن القيمة
هي البدل . وقاله أبو يوسف : يعتق بأداء كل واحد منهما، أما الخمر فلا لأنه بدل صورة،

وإذا عتق بأداء الخمر فعليه قيمة نفسه لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه . وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة . والكتابة على الدم والميتة باطلة . وعلى الحيوان والثوب كالنكاح ولو كاتب الذمي عبده على خمر جاز ، وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر .

وأما البدل (١) فبدل معنى . وعن أبي حنيفة إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال : إن أديتها فأنت حرّ للتخصيص على التعليق ، وفي ظاهر الرواية لم يفصل على مامر . قال (وإذا عتق بأداء الخمر فعليه قيمة نفسه) كما قلنا في البيع الفاسد إذا هلك المبيع (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند الهلاك بالغة ما بلغت كالبيع فاسدا ، ولأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة خوفا من بطلان العتق فتجب الزيادة . قال (وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة) لأنه هو البدل فيعتق بالخمر ، وأثر الجهالة في الفساد ، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لفحش الجهالة فإنه لا يدرى أى ثوب أراد المولى ، ولا يثبت العتق بدون إرادته . قال (والكتابة على الدم والميتة باطلة) لأنهما ليسا بمال أصلا ولا موجب لها ، ولو علق العتق بأدائهما عتق بالأداء لوجود الشرط ولا شيء عليه لعدم المالية . قال (و) الكتابة (على الحيوان والثوب كالنكاح) إن عين النوع صح ، وإن أطلق لا يصح وتماه عرف في النكاح ، ولو علق عتقه بأداء ثوب أو دابة أو حيوان فأدى لا يعتق (٢) الجهالة الفاحشة على ما بيناه ، وإن كاتبه على حيوان موصوف فأدى القيمة أجبر على قبولها كما قلنا في المهر . قال (ولو كاتب الذمي عبده على خمر جاز) إذا ذكر قدرا معلوما ، وكذلك إذا كاتبه على خنزير لأنه مال في حقهم (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لأنه إن كان العبد هو المسلم فهو ممنوع من تملكها ، وإن كان المولى فهو ممنوع من تملكها فوجب القيمة ، وأيهما أدى عتق ، لأن القيمة تصلح بدلا كالكتابة على حيوان موصوف فيعتق بأيهما كان .

(١) قوله البدل ، لعله القيمة اهـ .

(٢) الذي في الزيلعي هكذا : حتى لو أدى قيمته أيضا لا يعتق إلا إذا علقه قصدا ، بأن قال : إن أديت إلى ثوبا فأنت حرّ ، فحينئذ يعتق بأداء ثوب لأنه تعليق صريح فصار من باب الأيمان ، وهي تنعقد مع الجهالة كما ذكره الزيلعي انتهى ، والفرق أن الضمني في ضمن عقد فتضرر معه الجهالة ، بخلاف القصدي فإنه يمين فلا تضرر الجهالة فيه .

وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدِيهِ كِتَابَةً وَاحِدَةً إِنْ أَدَّىا عَتَقَا ، وَإِنْ عَجَزَا رُدَّ إِلَى الرِّقِّ ، وَلَا يَعْتَقَانِ إِلَّا بِأَدَاءِ الْجَمِيعِ ، وَلَا يَعْتَقُ أَحَدُهُمَا بِأَدَاءِ نَصِيْبِهِ ، فَإِنْ عَجَزَ أَحَدُهُمَا فَرُدَّ إِلَى الرِّقِّ ثُمَّ أَدَّى الْآخَرُ جَمِيعَ الْكِتَابَةِ عَتَقَا ، وَلَوْ كَانَا لِرَجُلَيْنِ فَكَاتَبَاهُمَا كَذَلِكَ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتَبٌ بِحِصَّتِهِ يَعْتَقُ بِأَدَائِهَا ، وَإِنْ كَاتَبَهُمَا عَلَى أَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنِ الْآخَرِ جَازٌ ، فَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَا ، وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِ مَا أَدَّى .

فصل

(ولو كاتب عبديه كتابة واحدة إن أدَّىا عتقا ، وإن عجزا ردَّ إلى الرِّقِّ ولا يعتقان إلا بأداء الجميع) لأن الكتابة واحدة وشرطه فيها معتبر (ولا يعتق أحدهما بأداء نصيبه) لما قلنا (فإن عجز أحدهما فردَّ إلى الرِّقِّ) إما بتصلحهما أو رده القاضي ولم يعلم الآخر بذلك (ثم أدَّى الآخر جميع الكتابة عتقا) لأنهما كشخص واحد ؛ ألا ترى أنهما لا يعتقان إلا بأداء الجميع ، فكذا لا يردَّان إلا بعجزهما ، ولأن الغائب يتضرر بهذا القضاء لأنه لو نفذ تسقط حصته من البذل ولا يعتق بأداء حصته ، والحاضر ليس بخصم عنه فبما يضره ، وكذا لو سعى بعد ذلك وأدَّى نجما أو نجمين ثم عجز وردَّ في الرِّقِّ فهو باطل ، لأن رده الأول لما لم يصح صار كالعدم فلا يتحقق العجز لاحتمال قدرة الأول . قال (ولو كانا لرجلين فكاتباهما كذلك فكل واحد منهما مكاتب بحصته يعتق بأدائها) لأن كل واحد منهما إنما استوجب البذل على مملوكه ، ويعتبر شرطه في مملوكه لافي مملوك غيره ، بخلاف المسألة الأولى لأن شرطه معتبر في حقهما لأنهما مملوكاه . قال (وإن كاتبهما على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر جاز) استحسانا ، ويجعل كل واحد منهما أصيلا في وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه نصحيحا لتصرفهم لحاجتهم إلى الخروج عن الرِّقِّ ، وإذا كان كذلك (فأيهما أدَّى عتقا) لوجود الشرط (ويرجع على شريكه بنصف ما أدَّى) لأنه قضى ديننا عليه بأمره فيرجع عليه تحقيقا للمساواة بينهما ، ولو لم يرجع بشيء أو رجع بالجميع لاحتصل المساواة بينهما ، ولو أعتق المولى أحدهما قبل الأداء عتق لما بينا وسقطت حصته لما تقدم ويبقى على الآخر النصف لأن البذل مقابل برقيتهما على الحقيقة ، وإنما جعلناه على كل واحد منهما احتيالا لصحة الكفالة وبعث أحدهما استغنيا عن ذلك ، وإذا كان مقابلا بالرقبتين تنصف للمولى أن يأخذ بالنصف الباقي أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، ولو كاتب نصف عبده جاز وصار نصفه مكاتبا ، وعندهما يصير كله مكاتبا بناء على تجزئ الإعتاق وعدمه

وإذا مات المكاتب وتترك وفاء أدبت مكاتبته وحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق أولاده ، فإن فضل شيء فلورثته ، فإن لم يترك وفاء وتترك ولده في الكتابة سعى كالأب ؛ وإن ترك ولده مشترى فإن أدت الكتابة حالا وإلا رد في الرق (سم) ، وإذا مات المولى أدت الكتابة إلى ورثته على نجومه ، وإن أعتقه أحدهم لم يعتق ،

فيصير نصفه مكاتباً ونصفه مآذوناً في التجارة ، لأن الإذن لا يتجزى ، ونصف أكسابه له ونصفها للمولى ، فإذا أدت عتق نصفه وسعى في نصف قيمته ، ولا حق للمولى في أكسابه بعد العتق لأنه مستسعى وهو كالمكاتب عنده ، ولا حق للمولى في أكساب المكاتب .

فصل

(وإذا مات المكاتب وترك وفاء أدبت مكاتبته وحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق أولاده ، فإن فضل شيء فلورثته) روى ذلك عن علي وابن مسعود ، ولأنه عقد معاوضة لا يفسخ بموت أحدهما وهو المولى فلا يفسخ بموت الآخر تسوية بينهما كما في البيع ، ولأن البذل كان في ذمته ولم تبق صالحة لذلك بالموت ، ولهذا حل به الأجل فينتقل إلى التركة كسائر الديون فخلت الذمة ، وخلت الذمة يوجب العتق ، إلا أنه لا يحكم بالعتق حتى يصل المال إلى المولى مراعاة لحقه ، ولتحقق خلو ذمته لاحتمال هلاك تركته قبل الأداء ، فإذا وصل حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته فيموت حر ويعتق أولاده تبعاً له على ما قدمناه ، فإن فضل شيء فلورثته لأنه حر وهم أحرار (فإن لم يترك وفاء وتترك ولداً ولد في الكتابة سعى كالأب) معناه على نجومه ، فإذا أدت حكم بعتق ابنه قبل موته وعتق الولد لأنه داخل في كتابة أبيه ، لأنه وقت العقد كان من أجزاء الأب متصلاً به فورد العقد عليه فدخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفاء . قال (وإن ترك ولداً مشترى فإن أدت الكتابة حالا وإلا رد في الرق) وقالوا : هو كالمولود في الكتابة لأنه يتكاتب عليه تبعاً له فاستويا . ولأن حنيفة أن المشتري لم يدخل تحت العقد لأن العقد لم يصف إليه لانفصاله عن الأب وقت العقد فلا يسرى إليه حكمه ، بخلاف المولود في الكتابة ، لأنه متصل به حالة العقد فسرى العقد إليه ودخل في حكمه فسعى في نجومه ، إلا أن المشتري إذا أدت في الحال يصير كأن المكاتب مات عن وفاء فيحكم بعتقه آخر عمره فيعتق ولده تبعاً له ما بينا . قال (وإذا مات المولى أدت الكتابة إلى ورثته على نجومه) لأنهم يخلفونه في الاستيفاء (وإن أعتقه أحدهم لم يعتق) لعدم الملك

وَلَهُ أَنْ يَفْسَحَ عَقْدَ الْوَلَاءِ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ ، فَإِنْ عَقَلَ عَنْهُ أَوْ عَنْ وَلَدِهِ
لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَوَالَتْ أَوْ أَقْرَبَتْ بِالْوَلَاءِ فِي يَدِهَا ابْنُ
صَغِيرٌ تَبِعَهَا (سَم) فِي الْوَلَاءِ .

كتاب الأيمان

يتبعونه في النسب فكذا في الولاء ، فإن أسلم له ابن كبير على يد آخر ووالاه صح لاقطاع
ولايته عنه ، ومن شرطه أن يكون المولى عاقلا بالغاً حراً حتى لا يصبح موالاة الصبي والعبد
والجنون ؛ ولو والى الصبي باذن الأب أو الوصي جاز والولاء للصبي ، وإن والى العبد
باذن مولاه جاز وكان وكيلاً عن مولاه ، ويقع الولاء للمولى ، لأن الصبي من أهل الولاء
والعبد لا ، لأن حكم الولاء العقل والإرث والعبد ليس أهلاً لذلك فيثبت الولاء لأقرب
الناس منه وهو المولى . قال (وله أن يفسخ عقد الولاء بالقول والفعل) لأنه عقد غير لازم
لأن الأعلى متبرع بالقيام بنصرته وعقل جنائته ، والأسفل متبرع بجعله خليفته في ماله والتبرع
غير لازم ما لم يحصل به القبض أو العوض كالهبة . وله أن يفسخ بالقول بحضرة الآخر
وبالفعل مع غيبته بأن يوالى غيره كعزل الوكيل بالقول يشترط علمه لأنه عزل قصداً وبالفعل
لا يشترط لأنه عزل حكماً . قال (فإن عقل عنه أو عن ولده ليس له ذلك) لحصول العوض
كالهبة ، وكذا إذا كبر أحد أولاده فليس له أن يرجع عنه بعد ما عقل لما ذكرنا أنه دخل
في عقده وولائه قال (وإذا أسلمت المرأة ووالت أو أقربت بالولاء وفي يدها ابن صغير
تبعها في الولاء) وقالوا : لا يتبعها لأنه لا ولاية لها على ماله فعلى نفسه أولى ، وله أنه بمنزلة
النسب وهو نفع محض فيملكه عليه كقبض الهبة ، والله أعلم .

كتاب الأيمان

وهو جمع يمين ، واليمين في اللغة : القوة ، قال تعالى - لأخذنا منه باليمين - أي بالقوة
والقدرة منا ، وقيل في قوله تعالى - إنكم كنتم تأتوننا عن اليمين - أي تتقوون علينا ، وقال :
إذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين
وهي الجارحة أيضاً ، وهي مطلق الحلف بأي شيء كان من غير تخصيص ، وقوله تعالى
- فراغ عابهم ضرباً باليمين - يحتمل الوجوه الثلاثة : أي بيده اليمنى أو بقوته أو بحلفه ، وهو
قوله - وتالله لأكيدن أصنامكم - . وفي الشرع نوعان : أحدهما القسم ، وهو ما يقتضى
تعظيم المقسم به ، فلهذا قلنا لا يجوز إلا بالله تعالى ، قال عليه الصلاة والسلام « من كان
حالفاً فليحلف بالله أو ليذر » وفيها المعنى اللغوي ، لأن فيها الحلف ، وفيها معنى القوة
لأنهم تقوون كلامهم ويوثقونه بالقسم بالله تعالى ، وكانوا إذا تحالفوا أو تعاهدوا يأخذون

الْيَمِينَ بِاللَّهِ تَعَالَى ثَلَاثَةً : غَمُوسٌ ، وَهِيَ الْحَلْفُ عَلَى أَمْرِ ماضٍ أَوْ حَالٍ
يَتَعَمَّدُ فِيهَا الْكَذِبَ فَلَا كُفَّارَةَ فِيهَا . وَلَغْوٌ : وَهِيَ الْحَلْفُ عَلَى أَمْرِ يَظُنُّهُ
كَمَا قَالَ وَهُوَ بِخِلَافِهِ ، فَتَرْجُو أَنْ لَا يُؤْخِذَهُ اللَّهُ بِهَا . وَمُنْعَقِدَةٌ : وَهِيَ
الْحَلْفُ عَلَى أَمْرِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لِيَفْعَلَهُ أَوْ يَتْرُكَهُ ،

باليمين التي هي الجارحة . الثاني الشرط والجزاء ، وهو تعليق الجزاء بالشرط على وجه ينزل
الجزاء عند وجود الشرط كقوله : إن لم آتتك غدا فعبدي حر ، وهذا النوع ثبت بالاصطلاح
الشرعي ولم ينقل عن أهل اللغة وفيه معنى القوة والتوثق أيضا ، لأن اليمين تعقد للحمل على
فعل المحلوف عليه أو للمنع عن فعله ، فإن الإنسان يعلم كون الفعل مصلحة ولا يفعله
لنفور الطبع عنه ، ويعلم كونه مفسدة ولا يمتنع عنه لميله إليه وغلبة شهوته ، فاحتاج
في تأكيد عزمه على الفعل أو الترك إلى اليمين ، وكما أن اليمين بالله تعالى تحمله أو تمنعه
لما يلازمها من الإثم بهتك الاسم العظيم والكفارة ، فكذلك الشرط والجزاء يحمله ويمنعه
لما يلازمه من زوال ملك النكاح وملك الرقبة وغير ذلك فيحصل المنع والحمل بكل
واحدة من اليمينين فألحقناهما بها لاشتراكهما في المعنى ، واليمين مشروعة في المعاهدات
والخصومات توكيدا وتوثيقا للقول ، قال تعالى - ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان -
وقال عليه الصلاة والسلام « لا تحلفوا بأبائكم ولا بالطواغيت ، من كان حالفا فليحلف
بالله أو ليدر » والأفضل أن يقلل الحلف بالله تعالى ، والحلف بغير الله تعالى قيل يكره لقوله
عليه الصلاة والسلام « مبلعون من حلف بالطلاق وحلف به » وقيل إن أضيف إلى المستقبل
لا يكره وإلى الماضي يكره ، وهذا حسن لأنها مستعملة في العهود والمواثيق بين المسلمين
من غير تكبر . والحديث محمول على الإضافة إلى الماضي بالإجماع ، وهي من أيمان
السفلة . قال (اليمين بالله تعالى ثلاثة : غموس ، وهي الحلف على أمر ماضٍ أو حال يتعمد
فيها الكذب فلا كفارة فيها . ولغو : وهي الحلف على أمر يظنه كما قال وهو بخلافه .
فترجو أن لا يؤخذه الله بها . ومنعقدة : وهي الحلف على أمر في المستقبل ليفعله أو يتركه)
فإذا حنث فيها فعليه الكفارة ، وبيان ذلك أن اليمين إما أن تكون على الماضي أو على الحال
أو على المستقبل ، فإن كانت على الماضي أو على الحال ، فإما أن يتعمد الكذب فيها وهي
الأولى ، أو لم يتعمد وهي الثانية ، وإن كانت على المستقبل فهي الثالثة ، سواء كان عمدا
أو ناسيا مكرها أو طائعا على ما نبينه إن شاء الله تعالى . أما الغموس فليست يميننا حقيقة ،
لأن اليمين عقد مشروع على ما بينا وهذه كثيرة فلا تكون مشروعة ، وتسميتها يميننا مجاز
لوجود صورة اليمين كما نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الحر سماء بيعا مجازا ، قالوا :
وسميت غموسا لأنها تغمس صاحبها في نار جهنم ، ولهذا قلنا لا كفارة فيها . واليمين على

مِنْ الْبِرِّ كَهَجْرَانِ الْمُسْلِمِ وَنَحْوِهِ ، وَنَوْعٌ هُمَا عَلَى السَّوَاءِ ، فَحِفْظُ الْيَمِينِ فِيهِ أَوَّلَى ، وَإِذَا حَنْتَ فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ : إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ رَقَبَةً ، وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشْرَةَ مَسَاكِينَ أَوْ كَسَاهُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ ، وَلَا يَحْجُزُ التَّكْفِيرُ قَبْلَ الْحَنْتِ ،

من البر كهجران المسلم ونحوه (قال عليه الصلاة والسلام « من حلف ، على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت التي هي خير وليكفر عن يمينه » ولأن الحنث ينجر بالكفارة ولا جابر للمعصية (ونوع هما على السواء ، فحفظ اليمين فيه أولى) قال تعالى - واحفظوا أيمانكم - أى عن الحنث . قال (وإذا حنث) يعنى فى الأيمان المستقبلية (فعليه الكفارة) لقوله تعالى - ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان - قال (إن شاء أعتق رقبة ، وإن شاء أطعم عشرة مساكين أو كساهم ، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات) قال تعالى - فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة - خير فيكون الواجب أحدها ، ثم قال - فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام - . قرأ ابن مسعود رضى الله عنه : ثلاثة أيام متتابعات وقراءته مشهورة فكانت كالخبر المشهور ، والكلام فى الرقبة والظعام والتفصيل فى ذلك مرّ فى الظهار . وأما الكسوة فهو اسم لما يكتسى به ، والمقصود منها ردّ العرى ، وكل ثوب يصير به مكتسبا يسمى كسوة وإلا فلا ، فإذا اختار الحانث الكسوة كسا عشرة مساكين كل مسكين ما ينطلق عليه اسم الكسوة . وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف أن أدناه ما يستر عامة بدنه فلا يجوز السراويل لأن لابسها يسمى عريانا عرفا . وعن محمد أدناه ما تجوز فيه الصلاة فلا يجوز الخف ولا القلنسوة لأن لابسهما لا يسمى مكتسبا ولهذا لا يجوز فيها الصلاة ، وقيل لكل مسكين إزار ورداء وقميص ، وقيل كساء وقيل ملحفة ، وقيل يجوز الإزار إن كان يتوشح به ، وإن كان يستر عورته دون البدن لا يجوز كالسراويل . وعلى قول محمد يجوز لأنه يجوز فيه الصلاة . وعن أبى حنيفة فى العمامة إن كانت سابعة قلر الإزار السابغ أو ما يقطع منه قميص يجوز وإلا فلا ، وما لا يجزئه فى الكسوة يجزئه عن الإطعام باعتبار القيمة إذا نواه ، ولا تتأدى الكفارة إلا بفعل يزيل ملكه عن العين ليكون زاجرا وادعا له فيتحقق معنى العقوبة فلا بدّ فيه من التملك ، ولو أعاره لا يجوز لأنه لا يزول ملكه عن العين ، بخلاف الطعام حيث يجوز فيه الإباحة ، لأن ملكه يزول عن الطعام بالإباحة كما يزول بالتمليك ، ولو كفر عنه غيره بأمره جاز ، وبغير أمره لا يجوز كما فى الزكاة لأنها عبادة أو عقوبة ، فلا بدّ من الإتيان بنفسه أو نائبه وذلك بالإذن لينقل فعله إليه . قال (ولا يجوز التكفير قبل الحنث) لقوله عليه الصلاة والسلام

وَالْقَاصِدُ وَالْمَكْرَهُ وَالنَّاسِي فِي الْيَمِينِ سَوَاءٌ .

فصل

وَحُرُوفُ الْقَسَمِ : الْبَاءُ ، وَالْوَاوُ ، وَالْتَاءُ ؛

« من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت التي هي خير وليكفر عن يمينه » روى « ثم ليكفر بيمينه » أمر وأنه يقتضى الوجوب ولا وجوب قبل الحنث ، أو نقول : إذا حنث يجب عليه أن يكفر بالأمر ، ولأن الكفارة ساترة والستر يعتمد ذنبا أو جنابة ولم يوجد قبل الحنث لأن الجنابة هي الحنث لما يتعلق به من هتك حرمة اسم الله تعالى واليمين ما نعة من ذلك فلا تكون سببا مفضيا إلى الحنث ، بخلاف ما إذا كفر بعد الجرح قبل زهوق الروح ، لأن الجرح سبب مفض إلى الزهوق غالبا ، وبخلاف ما إذا أدى الزكاة بعد النصاب قبل الحول لأن السبب المال . قال (والقاصد والمكره والناسي في اليمين سواء) قال عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدّهنّ جدّ وهزلنّ جدّ : الطلاق والنكاح والأيمان » وعن عمر رضى الله عنه : أربعة لاردّ يدى (١) فيهنّ وعدّ منها الأيمان . وروى « أن المشركين استحلّوا حذيفة وأباه أن لا يعينا رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقبل لرسول الله فقال : ينى لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم » فحكم بصحة اليمين مع الإكراه ، والكلام في الإكراه مضى في بابه ، ولأن شرط الحنث هو الفعل ، ووجود الفعل حقيقة لا يعدمه الإكراه والنسيان ، ولا يصحّ يمين الصبيّ والمجنون والنائم لما مرّ في الطلاق .

فصل

(وحروف القسم : الباء ، والواو ، والتاء) هو المعهود المتوارث ، وقد ورد بها القرآن . قال تعالى - والله ربنا - وقال - يحلفون بالله - وقال - تالله لقد أرسلنا - ، والله يمين أيضا لأن اللام تبدل من الباء ، قال تعالى - آمنتم به - و- آمنتم له - ، والأصل فيه أن حرف الباء للإصاق وضعا والواو بدل عنه فانه للجمع ، وفي الإصاق معنى الجمع ، والتاء بدل من الواو ، وكقولهم : تراث ، ونجاء ؛ فلما كانت الباء أصلا صلحت للقسم في اسم الله وسائر الأسماء ؛ وفي الكناية كقولهم : بك لأفعلنّ كذا ، وكون الواو بدلا عنها نقصت عنها فصلحت في الأسماء الصريحة دون الكناية ، وكون التاء بدل الباء اختصت باسم الله وحده ، ولم تصلح في غيره من الأسماء ولا في الكناية .

(١) قوله ردّ يدى ، قال في مختار الصحاح : والردّ يدى مقصور بكسر الراء والدال وتشديدها الردّ . وفي الحديث « لاردّ يدى في الصدقة » .

وَالْحَلْفُ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى لَيْسَ بِيَمِينٍ كَالنَّبِيِّ وَالْقُرْآنِ وَالْكَعْبَةِ ، والبراءة مِنْهُ يَمِينٌ ،

وقدرة الله كقوله ، والله القادر ، وهو الهيباس في العلم لأنه من صفات الذات إلا أنه جرت العادة أن العلم يذكر ويراد به المعلوم ، ومعلوم الله تعالى غيره . قال النسفي : وهذا لا يستقيم على مذهب أهل الحق ، والصحيح أن كلها صفات الله تعالى قائمة بذاته والحلف بها حلف بالله ، والفرق الصحيح ما قاله محمد إن هذه الأشياء يراد بها غير الصفة ، فلهذا لم يصير به حالفا بالشك ، فالرحمة تذكر ويراد بها المطر والنعمة ويراد بها الجنة ، قال تعالى - ففي رحمة الله هم فيها خالدون - . والسخط والغضب يراد بهما ما يقع من العذاب في النار ، والرضى يراد به ما يقع من الثواب في الجنة فصار حالفا بغير الله من هذا الوجه . قال (والحلف بغير الله تعالى ليس يمين كالنبي والقرآن والكعبة ، والبراءة منه يمين) والأصل في هذا أن الحلف بغير الله تعالى لا يجوز لما روينا ، وروى أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمر يحلف بأبيه فقال « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم ، من كان حالفا فليحلف بالله أو فليصمت » وروى « من حلف بغير الله فقد أشرك » ولأن الحلف تعظيم المحلوف به ولا يستحقه إلا الله تعالى ، وإذا لم يجز الحلف بغير الله تعالى لابلزمه به كفارة لأنه ليس يمين ، ولم يهتك حرمة منع من هتكها . على التأييد ويدخل في ذلك ما ذكرنا ، أما اليمين والكعبة فظاهر ، وأما القرآن فهو المجموع المكتوب في المصحف بالعربية لأنه من القرء وهو الجمع وأنه يقتضي الضم والتركيب وذلك من صفات الحادث فيكون غير الله تعالى وغير صفاته ، لأن صفاته قائمة بذاته أزلية كهو ، حتى لو حلف بكلام الله كان يمينا لأن كلامه صفة قائمة بذاته لا يوصف بشيء من اللغات ، لأن اللغات كلها محدثة مخلوقة أو اصطلاحية على الاختلاف فلا يجوز أن تكون قديمة ، بل هي عبارة عن القديم الذي هو كلام الله تعالى هذا مذهب أهل السنة والجماعة من أصحابنا ، وكذلك دين الله وطاعة الله وشرائعه وأنبيائه وملائكته وعرشه وحدوده والصلاة والصوم والحج والبيت والكعبة والصفاء والمروة والحجر الأسود والقبر والمنبر لأن جميع ذلك غير الله تعالى ، قال عليه الصلاة والسلام « لا تحلفوا بأبائكم ولا بالطاوagيت ولا بحد من حدود الله ولا تحلفوا إلا بالله » قال أبو حنيفة : لا تحلف إلا بالله متجردا بالتوحيد والإخلاص . وأما البراءة من ذلك فيمين كقوله : إن فعلت كذا فانا برىء من القرآن أو من الكعبة أو من هذه القبلة أو من النبي ، لأن البراءة من هذه الأشياء كفر ، وكذا إذا قال : أنا برىء مما في المصحف أو من صوم رمضان أو من الصلاة أو من الحج ، وأصله أن كل ما يكون اعتقاده كفرا ولا تحله الشريعة ففيه الكفارة إذا حث ، لأن الكفر لا يجوز استباحته على التأييد لحق الله تعالى فصار كحرمة اسمه ، ومن

وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ مَا يَمْلِكُهُ فَإِنْ اسْتَبَاحَهُ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ، وَلَوْ قَالَ : كُلُّ حَلَالٍ عَلَى حَرَامٍ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إِلَّا أَنْ يَنْوِي غَيْرَهُمَا ،

أو أعزم بالله لأعرفه عن أبي حنيفة . وقال زفر : أحلف وأقسم وأشهد لا يكون يمينا إلا أن يذكر اسم الله تعالى لأنه احتمال الحلف والقسم بالله ، ويحتمل بغيره فلا يكون يمينا بالشك ، ولنا قوله تعالى - يخلفون لكم لترضوا عنهم - وقال - قالوا نشهد أنك لرسول الله - ثم قال - اتخذوا أيمانهم جنة - وقال - إذا أقسموا ليصر منها مصبيحين ولا يستثنون - قال محمد : لا يكون الاستثناء في اليمين ، ولأن حذف بعض الكلام جائز عند العرب تخفيفا ، ولأن ذلك كالمعلوم لأن الحلف لا يكون إلا بالله فكأنهم ذكروه ، وأما أعزم أو أعزم بالله فالعزم هو الإيجاب ، قال تعالى - وإن عزموا الطلاق - والإيجاب هو اليمين . وقول محمد لأعرفه عن أبي حنيفة فقد رواه عنه الحسن ؛ وأما على يمين أو يمين الله فلا أنه تصريح بإيجاب اليمين عليه ، واليمين لا يكون إلا بالله وهو معتاد عند العرب . قال

— فقالت يمين الله مالك حيلة — ووجه الله يمين ، رواه ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه يذكر ويراد به الذات ، قال تعالى - ويبقى وجه ربك - وقال - كل شيء هالك إلا وجهه - . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس بيمين لعدم العرف بذلك ولأنه يذكر ويراد به غير الله تعالى ، يقال : فعله ابتغاء وجه الله تعالى : أى ثوابه فلا يكون يمينا بالشك . وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله أنها من أيمان السفلة : يعنى أنهم يقصدون الجارحة فيكون يمينا بغير الله تعالى . قال (ومن حرم على نفسه ما يملكه فإن استباحه أو شيئا منه لزمت الكفارة) وذلك مثل قوله : مالى على حرام أو ثوبى أو جاريتى فلا تة أو ركوب هذه الدابة ونحوه ، قال عليه الصلاة والسلام « تحريم الحلال يمين وكفارته كفارة يمين » ولأنه أخبر عن حرمة عليه فقد منع نفسه عنه وأمكن جعله حراما لغيره باثبات موجب اليمين ، لأن اليمين أيضا يمنع عنه فيجعل كذلك تحرزا عن إلغاء كلامه ، وهذا أولى من الحرمة المؤبدة ، لأن له نظيرا في الشرع وهو أرفق ، ثم الحرمة تتناول الكل جزءا جزءا ، فأى جزء استباح منه حث ، كقوله : لأشرب الماء ، ولو وهبه أو تصدق به لأجنب عليه ، لأن المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفا لحرمة الصدقة والهبة . قال (ولو قال : كل حلال على حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غيرهما) وقال زفر : يحث كما فرغ لأنه باشر فعلا حلالا وهو التنفس . ولنا أن المقصود البر ولا يحصل على اعتبار العموم فيسقط العموم فينصرف إلى الطعام والشراب لأنه يستعمل فيما يتناول عادة ، ولو نوى امرأته دخلت مع المأكول والمشروب وصار موليا ، وإن نوى امرأته

وَمَنْ حَلَفَ حَالَةَ الْكُفْرِ لَا كَفَّارَةَ فِي حِنْثِهِ ؛ وَمَنْ قَالَ : إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ .

فصل

حَلَفَ لَا يَخْرُجُ ، فَأَمَرَ رَجُلًا فَأَخْرَجَهُ حِنْثٌ ، وَإِنْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهَا لَا يَحْنُثُ .

وحدها صدق ولا يحنث بالأكل والشرب . قال مشايخنا هذا في عرفهم ، أما في عرفنا يكون طلاقا عرفا ، ويقع بغير نية لأنهم تعارفوه فصار كالصريح وعليه الفتوى ؛ ولو قال : مال فلان على حرام فأكله أو أنفق حنث إلا أن ينوى أنه لا يحل لي لأنه حرام فلا حنث عليه ؛ ولو حلف لا يرتكب حراما فهو على الزنا ، وإن كان مجبوبا فعلى القبلة الحرام وأشباهاها ؛ ولو حلف لا يبطأ حراما فوطئ امرأته حالة الحيض والظهار لم يحنث إلا أن ينويه ، لأن الحرمة لعرض لأن الوطء حرام في نفسه . قال (ومن حلف حالة الكفر لا كفارة في حنثه) لأن الكافر ليس بأهل لليمين لأنها تعظيم الله تعالى ولا تعظيم مع الكفر وليس أهلا للكفارة لأنها عبادة حتى تتأدى بالصوم وليس من أهلها وتبطل اليمين بالردة ، فلو أسلم بعدها لا يلزمه حكمها لأن الردة تبطل الأعمال . قال (ومن قال : إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) وقد مر في الطلاق ، ولا بد من الاتصال لأن بالسكوت يتم الكلام فلا استثناء بعده يكون رجوعا ولا رجوع في اليمين .

فصل

الخروج : هو الانفصال من الداخل إلى الخارج ؛ والدخول : الانفصال من الخارج إلى الداخل ، فعلى أي وصف وجد كان خروجا ، سواء كان راكبا أو ماشيا من الباب أو من السطح أو من ثقب في الحائط أو تسور الحائط ، إلا أن يقول من باب الدار فلا يحنث إلا بالخروج من الباب . قال (حلف لا يخرج فأمر رجلا فأخرجه حنث) لأن الفعل مضاف إليه بالأمر كما إذا ركب دابة فخرجت به (وإن أخرجه مكرها لا يحنث) لعدم إضافة الفعل إليه لعدم الأمر وهو مخرج وليس بخارج . وقيل إن قدر على الامتناع حنث عند محمد لأنه لما لم يتمتع مع القدرة صار كأنه فعل الدخول كركوب الدابة . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحنث وهو الصحيح لأنه ليس بداخل . وروى محمد عن أبي يوسف لو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث لأنه ليس بفاعل للدخول ، واليمين منعقدة على الفعل دون الرضا والإرادة أو نقول الفعل إنما يضاف إليه بأمره . وقيل يحنث والحلف على الدخول على هذه الوجوه .

قال له : اجلس فتغدى عندي ، فقال : إن تغديت فعبدي حر ، فرجع وتغدى في بيته لم يحنث . ولو أرادت الخروج فقال لها : إن خرجت فأنت طالق فجعلت ثم خرجت لم تطلق ،

باعتبار أهله ، يقال فلان يسكن في محلة كذا أو سكة كذا أو دار كذا وأكثر نهاره في السوق فهما بقي في الدار شيء من ذلك فالسكنى باقية ، لأن السكنى تثبت بجميع ذلك فلا تنقضي إلا بنى الكل حتى قال أبو حنيفة : لو بقي وتد حنث لما قلنا ؛ وعنه لو بقي ما لا يعتد به كالكنسة والوتد لم يحنث لانقضاء اسم السكنى بذلك . وأبو يوسف اعتبر الأكثر إقامة له مقام الكل ، ولأنه قد يتعدى نقل الكل . ومحمد اعتبر نقل ما لا بد منه في البيت من آلات الاستعمال دون ما لا حاجة إليه في الاستعمال ، وقد استحسنا ذلك لأنه أرفق بالناس ؛ ولو كان غنيا فأخذ في نقل الأمتعة من حين حلف حتى بقي على ذلك شهرا لم يحنث هكذا روى عن محمد ؛ وكذلك لو كان في طلب مسكن آخر أياما حتى وجده لم يحنث إذا لم يترك الطلب في هذه الأيام وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير ، ولو انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قيل يبر كما في منزل آخر ، وقيل يحنث لأنه لما لم يتخذ وطنا آخر بقي وطنه الأول كالسافر إذا خرج بعياله من مصره ، فما لم يتخذ وطنا آخر حتى مر بمصره أتم الصلاة لأن وطنه لم يتغير كذا هذا . وذكر أبو الليث : لو انتقل إلى السكة وسلم الدار إلى صاحبها أو أجراها وسلمها بر في يمينه ، وإن لم يتخذ دارا أخرى لأنه لم يبق ساكنا . ولو حلف لا يسكن في هذا المصر فانتقل بنفسه وترك أهله ومتاعه لم يحنث ، لأن الرجل يكون أهله في مصر وهو ساكن في مصر آخر ، والقرية بمنزلة الدار ، والمختار أنها بمنزلة المصر (قال له : اجلس فتغدى عندي ، فقال : إن تغديت فعبدي حر ، فرجع وتغدى في بيته لم يحنث ، ولو أرادت الخروج فقال لها : إن خرجت فأنت طالق ، فجعلت ثم خرجت لم تطلق) وكذا لو أراد ضرب عبده فقال له آخر : إن ضربته فعبدي حر ، فركه ثم ضربه لم يعتق ؛ وهذه تسمى يمين الفور ، وأول من أظهرها أبو حنيفة ، ووجهه أن المقصود هو الامتناع عن الغداء المدعو إليه وهو الغداء عنده ، لأن الجواب يطابق السؤال ، وكذلك قصده منعها عن الخروج الذي همت به والضرب الذي هم وبذلك يشهد العرف والعادة . وعن محمد : لو قال : إن ضربتني فلم أضربك ، أو إن لقيتك فلم أسلم عليك ، أو إن كلمتني فلم أجبك ، أو إن استعرت دابتك فلم تعرنى ، أو إن دخلت الدار فلم أقعد ، أو إن ركبت دابتك فلم أعطك دابتي فهو على الفور اعتبارا للعرف ، وهكذا الحكم في نظائره . ولو أراد أن يجمع امرأته فلم تطاوعه فقال : إن لم تدخلني معي البيت فأنت طالق ، فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت ، لأن مقصوده الدخول لقضاء الشهوة وقد فات فصار شرط الحنث عدم

وَلَوْ كَلَّمْ غَيْرَهُ وَقَصَدَ أَنْ يَسْمَعَ لَمْ يَحْنُثْ ؛ وَلَوْ سَلَّمَ عَلَى جَمَاعَةٍ هُوَ فِيهِمْ حَنْثٌ ، وَإِنْ نَوَاهُمْ دُونَهُ لَمْ يَحْنُثْ .

لأنه إذا أيقظه فقد أسمعته ، ولوناداه من حيث لا يسمع في مثله الصمت لا يحنث ، وكذلك إن كان بعيدا لو أصغى إليه لا يسمع لا يحنث ، لأن المكاملة عبارة عن الاستماع إلا أنه باطن فأقيم السبب المفضى إلى السماع مقامه ، وهو ما لو أصغى إليه سمع ؛ ولو دخل دارا ليس فيها غير المحلوف عليه فقال : من وضع هذا ؟ أو من أين هذا ؟ حنث لأنه كلام له بطريق الاستفهام ؛ ولو قال : ليت شعري من وضع هذا ؟ لا يحنث لأنه مخاطب لنفسه ، ولو كان في الدار آخر لا يحنث في المستثنين (ولو كلم غيره وقصد أن يسمع لم يحنث) لأنه لم يكلمه حقيقة (ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث) لأن السلام كلام للجميع (وإن نواههم دونه لم يحنث) ذبابة لعدم القصد ولا يصدق قضاء ، لأن الظاهر أنه للجماعة ، والنية لا يطلع عليها الحاكم ؛ ولو كتب إليه أو أشار أو أرسل إليه لم يحنث لأنه ليس بكلام ، لأن الكلام اسم لحروف منظومة مفهومة بأصوات مسموعة ولم توجد ، ولو كان الحالف إماما فسلم والمحلوف عليه خلفه لا يحنث بالتسليمتين لأنهما من أفعال الصلاة وليس بكلام ، ولو كان الحالف هو المؤتم فكذلك . وعن محمد يحنث لأنه يصير خارجا عن صلاة الإمام بسلامه خلافا لهما ؛ ولو سبح به في الصلاة أو فتح عليه لم يحنث وخارج الصلاة يحنث ؛ ولو قرع المحلوف عليه الباب ، فقال الحالف : من هذا ؟ ذكر القدوري أنه يحنث . وقال أبو الليث : إن قال بالفارسية : كيست (١) لا يحنث لأنه ليس بمخاطب له ، وإن قال : كى تو (٢) يحنث لأنه خطاب له وهو المختار ؛ ولو قال ليلا : لا أكلم فلانا يوما فهو من حين حلف إلى غروب الشمس من الغد ، وكذلك لو قال نهارا : لا أكلمه ليلة فن حين حلف إلى طلوع الفجر من الغد ، لأن اليمين إذا تعلقت بوقت مطلق فابتدأوها عقيب اليمين كالإيلاء ، ولأن كل حكم يتعلق بمدة لأعلى طريق القرية اختص بعقيب السبب كالإجارة ؛ ولو حلف في بعض اليوم لا يكلمه يوما فهو على بقية اليوم والليلة إلى مثل تلك الساعة من الغد ؛ وكذلك لو حلف في بعض الليل لا يكلمه ليلة فن حين حلف إلى مثل تلك الساعة من الليلة المقبلة ، لأنه حلف على يوم منكر فلا بد من تمامه ، وذلك من اليوم الذي يليه فتدخل الليلة ضرورة تبعا ؛ ولو قال في بعض اليوم : لا أكلمه اليوم فعلى باقي اليوم ، وكذا في الليلة لأنه حلف على زمان معين فتعلق بما يقى منه ، إذ هو المراد ظاهرا وعرفا ، لأن ما مضى منه خرج

(١) كيست معناه : من .

(٢) قوله كى تو ، معناه : أنت من .

فصل

الحين والزمان : ستة أشهر في التعريف والتشكير . والدهر : الأند ؛ ودهرًا قال أبو حنيفة : لأدري ما هو ، والأيام والشهور والسنون عشرة ، وفي المنكر ثلاثة .

الحنث ، وقد ذكر النسبة يلفظ الجمع وأقله ثلاثة . وروى المولى عن أبي يوسف كل شيء سوى بني آدم فهو على واحد ، وإذا كانت يمينه على بني آدم فهو على ثلاثة

فصل

(الحين والزمان : ستة أشهر في التعريف والتشكير) منقول عن ابن عباس وسعيد بن المسيب ، ولأنه الوسط مما فسر به الحين فكان أولى ؛ والزمان كالحين لأنه يستعمل استعماله يقال : ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد ، وإن نوى شيئًا فعلى ما نوى لأنه يحتمله ، وقيل بصدق في الحين في الوقت اليسير دون الزمان لأنه يستعمل في الحين ، قال الله تعالى - فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون - . والمراد صلاة الفجر وصلاة العصر ، ولا عرف في الزمان . وعن أبي يوسف : لا يدين في القضاء في أقل من ستة أشهر . قال (والدهر : الأبد) قال عليه الصلاة والسلام « لاصيام لمن صام الدهر » يعنى جميع العمر (ودهرًا ، قال أبو حنيفة : لأدري ما هو) وعندهما هو كالزمان لأنه يستعمل استعماله . وله أنه لا عرف فيه فيتبع ، واللغات لا تعرف قياسا والدلائل فيه متعارضة فتوقف فيه . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن دهرًا والدهر سواء ، وهذا عند عدم النية ، وإن كان له نية فعلى ما نوى . قال (والأيام والشهور والسنون عشرة) وكذا الأزمنة . (و) الجمع (في المنكر ثلاثة) وقال في الأيام سبعة ، والشهور اثنا عشر وغيرها جميع العمر ، لأن اللام للمعهود : وهى أيام الأسبوع وشهور السنة ، ولأن الأيام تنتهى بالسبعة والأشهر بالاثني عشر ثم تعود ، ولا معهود في غيرها فتناولت العمر . ولأن حنيفة أن الجمع المعروف بهذا اللفظ أكثره عشرة ، وما زاد يتغير لفظه فلا يزداد على العشرة . أما المنكر يتناول الأقل وهو ثلاثة بالإجماع ؛ وفي رواية : المبسوط عشرة عند أبي حنيفة ، والمختار ما ذكرنا . حلف لا يكلمه إلى كذا فعلى ما نوى ، فإن لم ينو في يوم واحد لأنه أقل العدد ، وإن قال : كذا وكذا ولا نية له في يوم وليلة . حلف لا يكلمه إلى الحصاد فحصد أول الناس بر ، وكذلك إلى قدوم الحاج فقدم واحد انتهت اليمين . حلف لا يكلمه قريبًا

وَالرُّءُوسُ : مَا يُكَبَّسُ فِي التَّنَائِيرِ وَيَبَاعُ فِي السُّوقِ ، وَالرُّطَبُ وَالْعِنَبُ وَالزَّمَانُ
وَالْخِيَارُ وَالْقِثَاءُ لَيْسَ بِفَاكِهَةٍ ،

لأنه بدون المرق لا يسمى طبيخا ، فانه يقال لحم مقلى ولا يقال مطبوخ إلا لما طبخ في الماء .
ولو أكل سمكا مطبوخا لم يحنت ، لأن الاسم لا يتناوله عند الإطلاق . وعن ابن سماعه :
الطبيخ يكون على الشحم ، فان طبخ عدسا أو أرزا بودك فهو طبيخ ، وإن كان بسمن
أو زيت فليس بطبيخ ، والمعتبر العرف ، والطابخ : هو الذي يوقد النار دون الذي ينصب
القدر ويصب الماء واللحم وحوائجه فيه ؛ والخابز : الذي يضرب الخبز في التنور دون
من عجنه وبسطه . ولو حلف لا يأكل من طبيخ فلان فطبخ هو وآخر وأكل الحالف منه
حنت ، لأن كل جزء منه يسمى طبيخا ، وكذلك من خبز فلان فخبز هو وآخر ، وكذلك
من رمان اشتراه فلان فاشترى هو وآخر ؛ وكذا لألبس من نسج فلان فنسج هو وآخر ؛
ولو قال : من قدر طبخها فلان فأكل ما طبخها لم يحنت ، لأن كل جزء من القدر ليس
بقدر ، وكذلك من قرص يخبزه فلان ، أو رمانة يشتريها فلان ، أو ثوبا ينسجه فلان
لما بينا ؛ ولو حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة ، فلا بد أن يكون جميعه من غزلها ،
حتى لو كان فيه جزء من ألف جزء من غزل غيرها لم يحنت ، رواه هشام عن محمد .
حلف لا يأكل من هذا الطعام ما دام في ملكه ، فباع بعضه وأكل الباقي لا يحنت ، ذكره
الحسن . حلف لا يأكل من مال فلان فتناهد (١) وأكل لا يحنت لأنه أكل مال نفسه عرفا
رواه المنلى عن أبي يوسف . حلف لا يأكل من فلان وبينهما دراهم فأخذ منها درهما
فاشترى به شيئا وأكل لم يحنت . حلف لا يأكل من طعام شريكه فأكل من طعام مشترك
بينهما لم يحنت ، لأنه إنما أكل حصته ؛ ألا ترى أن له أن يأخذه من حصته . قال (والرؤوس
ما يكبس في التناير ويباع في السوق) جريا على العرف . وعن أبي حنيفة أنه يدخل
في البين رؤوس البقر والجزور ، وعندهما يختص برؤوس الغنم وهو اختلاف عادة وعصر .
قال (والرطب والعنب والرمان والخيار والقثاء ليس بفاكهة) وقالوا : الرطب والرمان والعنب
فاكهة ، لأنه يتفكه بها عادة كسائر الفاكهة حتى يسمى بائعها فاكهاني ، ولأبي حنيفة
قبله تعالى - فيها فاكهة ونخل ورمان - . ولذلك عطف الفاكهة على العنب في آية أخرى (٢)
والمعطوف يغير المعطوف عليه لغة ، ولأن الفاكهة ما يتفكه به قبل الطعام . وبعده ،
ويتفكه برطبه ويابسه دون الشبع ، والعنب والرطب يستعملان للغذاء والشبع ، والرمان

(١) قال في المنجد : تناهد القوم : أخرج كل منهم نفقة بقدر نفقة صاحبه ليشتروا
بها طعاما يشتركون في أكله . (٢) في سورة عبس .

وَالْعِقْدُ الذُّلُؤُ أَيَسَ بِحُلِيِّ حَتَّى يَكُونَ مَرْصَعًا . حَلَفَ لَا يَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ
فَجَعَلَ عَلَيْهِ فِرَاشًا آخَرَ وَنَامَ لَمْ يَحْنَثْ ، وَإِنْ جَعَلَ قِرَامًا فَنَامَ حَنِثَ ،
وَالضَّرْبُ وَالْكَلَامُ وَالْكِسْوَةُ وَالِدُخُولُ عَلَيْهِ يَتَقَيَّدُ بِحَالِ الْحَيَاةِ .

تلبس لإقامة السنة وللختم للالتزين ، والحلى ما يتزين به ، ولا كذلك الذهب فانه يتزين به ، ولو كان الخاتم مما يلبسه النساء من الحجر أو الفضة قيل يحنث لأنه للزينة ، وقيل لا يحنث لأنه يحل للرجال ولا يحل لهم التزين بالحلى . قال (والعقد الذلؤل ليس بحلى حتى يكون مرصعا) والمعتبر في اليمين العرف لا الحقيقة ، ولفظ القرآن كما تقدم . وقال أبو يوسف ومحمد : هو حلى وإن لم يكن مرصعا لأنه حلى حقيقة بدليل تسمية القرآن ، وعليه الفتوى لأنه صار معتادا فهو اختلاف عادة وزمان ، فعلى قول أبي حنيفة ينبغي أن يجوز للرجل لبس العقد الغير المرصع لأنه ليس بحلى ؛ ولو علقت المرأة في عنقها ذهابا غير مصنوع لا يحنث ، والمنطقة المفضضة والسيف المحلى ليس بحلى لما مر . قال (حلف لا ينام على فراش فجعل عليه فراشا آخر ونام لم يحنث ، وإن جعل عليه قراما (١) فنام حنث) لأن القرام تبع للفراش ، ألا ترى أنه لو كان القرام ثوبا طبريا والفراش ديباجا ، يقال نام على فراش ديباج ، ولو كان الأعلى ديباجا والأسفل خزا يقال : نام على الديباج . وعن أبي يوسف في الأمالي أنه يحنث في الفراش أيضا لأنه نائم على الفراشين حقيقة ، وصار كما إذا حلف لا يكلم رجلا فكلمه وآخر بخطاب واحد . جوابه أن الشيء لا يستتبع مثله ، وفي العرف لا ينسب إلا إلى الأعلى ، وفي الكلام هو مخاطب لكل واحد منهما حقيقة وعرفا وشرا والسرير والدكان والسطح كالفرش إن جعل عليه سريرا آخر وبني على السطح سطحاً آخر فنام على الأعلى لا يحنث لما بينا ؛ وإن جعل على السرير أو السطح أو الدكان بساطا أو فراشا أو نحوه ونام عليه حنث لأنه يعد نائما على السطح والسرير والدكان ، ومتى جلس على ما يحول بينه وبين الأرض فليس يجالس عليها لأنه لا يسمى جالسا على الأرض إلا أن يجلس على ثيابه فتحول بينه وبين الأرض لأنها تبع له فلا يعد حائلا ، ولهذا يقال هو جالس على الأرض . قال (والضرب والكلام والكسوة والدخول عليه يتقيد بحال الحياة) لأن الضرب هو الفعل المؤلم ولا يتحقق في الميت والمراد ، بالكلام الإفهام وأنه يختص بالحى ، والمراد بالكسوة عند الإطلاق التمليك كما في الكفارة ولا تمليك من الميت ، وإن نوى به السر صحت لأنه محتمل كلامه ، وأما الدخول عليه فلأنه يراد به الزيارة عرفا في موضع يجلس فيه للزيارة والتعظيم حتى لو لم يقصده بالدخول بأن دخل على غيره

(١) القرام بكسر القاف : الملاءة .

حَلَفَ لِيَضْرِبَنَّهُ حَتَّى يَمُوتَ أَوْ حَتَّى يَقْتُلَهُ فَهُوَ عَلَى أَشَدِّ الضَّرْبِ . حَلَفَ لَا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَخَنَقَهَا أَوْ مَدَّ شَعْرَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنْثٌ .
حَلَفَ لَا يَصُومُ فَنَوَى وَصَامَ سَاعَةً حَنْثٌ ، وَإِنْ قَالَ صَوْمًا لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا بِتَمَامِ الْيَوْمِ . حَلَفَ لَا يَصَلِّي فَقَامَ وَقَرَأَ وَرَكَعَ لَمْ يَحْنَثْ مَا لَمْ يَسْجُدْ ؛ وَكَوْ
قَالَ : صَلَاةٌ لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا بِتَمَامِ رَكَعَتَيْنِ . وَمَنْ قَالَ لِأَمْتِهِ : إِنْ وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيْتًا عَتَقَتْ ، وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ ،

أَوْ لِحَاجَةٍ أُخْرَى ، أَوْ دَخَلَ عَلَيْهِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَجْلِسُ فِيهِ لِلزِّيَارَةِ لَا يَكُونُ دُخُولًا عَلَيْهِ ، وَلَوْ دَخَلَ عَلَيْهِ فِي الْمَسْجِدِ وَالظِّلَّةِ وَالْدَهْلِيزِ لَا يَكُونُ دُخُولًا عَلَيْهِ إِلَّا إِنْ اعْتَادُوا الْجُلُوسَ فِيهِ لِلزِّيَارَةِ . وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ عَنْ ابْنِ سَمَاعَةَ ضِدَّ هَذَا فَقَالَ : لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ عَلَى فُلَانٍ فَدَخَلَ عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ حَنْثٌ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى الْمُحْلُوفِ عَلَيْهِ وَالْعِلْمُ لَيْسَ بِشَرْطٍ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَكْلِمُهُ فَكَلَّمَهُ وَهُوَ لَا يَعْرِفُهُ وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . رَجُلَانِ حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَدْخُلُ عَلَى صَاحِبِهِ فَدَخَلَ فِي الْمَنْزِلِ مَعًا لِيَحْتَنَانِ . وَلَوْ قَالَ : إِنْ غَسَلْتُكَ قَعْدَى حَرًّا فَانْهَ يَتَنَاوَلُ حَالَتِي الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ ، لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِسَالَةِ لِلتَّطْهِيرِ وَذَلِكَ يَوْجِدُ فِي الْحَيِّ وَالْمَيِّتِ . قَالَ (حَلَفَ لِيَضْرِبَنَّهُ حَتَّى يَمُوتَ أَوْ حَتَّى يَقْتُلَهُ فَهُوَ عَلَى أَشَدِّ الضَّرْبِ) لِأَنَّهُ الْمُرَادُ فِي الْعَرَفِ ؛ وَلَوْ قَالَ : حَتَّى يَغْشَى عَلَيْهِ أَوْ حَتَّى يَبْكِي أَوْ يَبُولُ أَوْ يَسْتَغِيثُ فَلَا بَدَّ مِنْ وَجُودِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ حَقِيقَةً ؛ وَلَوْ قَالَ : لِأَضْرِبَنَّكَ بِالسَّيَاطِ حَتَّى تَمُوتَ فَهُوَ عَلَى الْمُبَالَغَةِ ؛ وَلَوْ قَالَ : لِأَضْرِبَنَّكَ بِالسَّيْفِ حَتَّى تَمُوتَ فَهُوَ عَلَى الْمَوْتِ حَقِيقَةً . وَعَنْ أَبِي يُونُسَ فِيمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ لَمْ أَضْرِبْكَ حَتَّى أَتْرُكَكَ لَاحِيَةً وَلَا مَيْتَةً فَهُوَ أَنْ يَضْرِبَهَا ضَرْبًا يَوْجِعُهَا (حَلَفَ لَا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَخَنَقَهَا أَوْ مَدَّ شَعْرَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنْثٌ) لِأَنَّ الضَّرْبَ اسْمٌ لِفِعْلٍ مُؤَلَّمٍ

فصل

(حَلَفَ لَا يَصُومُ فَنَوَى وَصَامَ سَاعَةً حَنْثٌ) لِأَنَّ الصَّوْمَ هُوَ الْإِمْسَاكُ عَنِ الْمَفْطَرَاتِ مَعَ النِّيَّةِ وَقَدْ وَجَدَ (وَإِنْ قَالَ صَوْمًا لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا بِتَمَامِ الْيَوْمِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّوْمُ التَّامُّ ، وَذَلِكَ صَوْمُ الْيَوْمِ لِأَنَّ مَا دُونَهُ نَاقِصٌ . قَالَ (حَلَفَ لَا يَصَلِّي فَقَامَ وَقَرَأَ وَرَكَعَ لَمْ يَحْنَثْ مَا لَمْ يَسْجُدْ) لِأَنَّ الصَّلَاةَ عِبَارَةٌ عَنِ الْأَرْكَانِ ، فَالْمُ يَأْتِ بِهَا لِاتِّسَامِ صَلَاةٍ ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِمْسَاكِ وَأَنَّهُ مُوجُودٌ فِي أَوَّلِ جُزْءٍ مِنَ الْيَوْمِ وَفِي الْجُزْءِ الثَّانِي يَتَكَرَّرُ (وَلَوْ قَالَ صَلَاةٌ لَا يَحْنَثُ إِلَّا بِتَمَامِ رَكَعَتَيْنِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّلَاةُ الْمَعْتَبَرَةُ شَرْعًا وَأَقْلُ ذَلِكَ رَكَعَتَانِ . قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِأَمْتِهِ : إِنْ وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ ، فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيْتًا عَتَقَتْ ، وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ) لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ وَلَادَةُ الْوَلَدِ ، أَلَا يَرَى أَنَّهُ يُقَالُ : وَلَدْتُ وَلَدًا حَيًّا ، وَلَدْتُ وَلَدًا مَيْتًا

وَلَوْ قَالَ : فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ مَيْتًا ثُمَّ حَيًّا عَتَقَ الْحَيَّ (سم) ؛ وَمَنْ قَالَ : مَنْ بَشَّرَنِي بِقُدُومِ فُلَانٍ فَهُوَ حُرٌّ فَبَشَّرَهُ جَمَاعَةٌ مُتَفَرِّقُونَ عَتَقَ الْأَوَّلُ ، وَإِنْ بَشَّرُوهُ جَمِيعًا عَتَقُوا ؛ وَلَوْ قَالَ : مَنْ أَخْبَرَنِي عَتَقُوا فِي الْوَجْهَيْنِ . قَالَ : إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ فَتَسَرَّى جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ عَتَقْتُ ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا وَتَسَرَّى بِهَا لَمْ تَعْتِقْ . حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ فَرُؤُجَهُ غَيْرَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فَإِنْ أَجَازَ بِالْقَوْلِ حَنْثٌ ،

(ولو قال : فهو حرٌّ فولدت ميتاً ثم حياً عتق الحى) عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لا يعتق لأن اليمين انحلت بوجود الشرط وهو ولادة الولد الملت لأن جزاء لأن الملت ليس بمحل للحرية . وله أن الشرط ولادة الحى لأنه وصفه بالحرية ، ومن ضرورتها الحياة فصار كقوله إذا ولدت ولدا حيا فهو حرٌّ ، ولو قال كذلك عتق الحى فكذا هنا ، بخلاف حرية الأم والطلاق لأنه لم يقبده بالحياة فافترقا . قال (ومن قال : من بشرنى بقُدوم فلان فهو حرٌّ فبشره جماعة متفرقون عتق الأول ، وإن بشره جميعا عتقوا ، ولو قال : من أخبرنى عتقوا في الوجهين) لأن البشارة عرفا اسم لخبر سارٍّ صدق ليس عند المبشر علمه لأنه مأخوذ من تغير بشرة الوجه من الفرح عادة ، والسرور إنما يحصل بالصدق بالكذب وبخبر ليس عنده علمه ، والخبر اسم لمطلق الخبر سواء كان عنده علمه أو لم يكن ويقع على الصدق والكذب ، ففي المسألة الأولى البشارة حصلت بالأول لما بينا فعتق ولم تحصل بالباقي لأنه قد علم به فلم تكن بشارة ، وفي الثانية حصلت بالخبر الكل فيعتقون ؛ أما الخبر فإنه وجد من الكل سواء كانوا متفرقين أو مجتمعين فيعتقون في الحالين ، والإعلام كالبشارة يعتق الأول لاغير لأنه ما يحصل به العلم وإنما يحصل بالأول والبشارة ، والخبر يكون بالكتابة والمراسلة كما يكون بالمشافهة ، والمحادثة بالمشافهة لاغير ، ولهذا يقال : أخبرنا الله تعالى ولا يقال حدثنا ، فإذا قال : أى غلام بشرنى بقُدوم فلان فهو حرٌّ فكتب إليه غلامه بذلك عتق ؛ ولو أن عبدا له أرسل عبدا له آخر بالبشارة فجاء الرسول وقال للمولى : إن فلانا يقول لك : قد قدم فلان عتق المرسل دون الرسول وهو بمنزلة الكتاب ؛ ولو قال الرسول : إن فلانا قدم ولم يقل له أرسلنى فلان عتق الرسول خاصة (قال : إن تسريت جارية فهمي حرّة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت ، ولو اشتراها وتسرى بها لم تعتق) والفرق أن في المسألة الأولى تناولتها اليمين لكونها في ملكه ، وفي المسألة الثانية لم تكن في ملكه فلم يتناولها اليمين . وقال زفر رحمه الله : تعتق في الوجهين لأن ذكر التسرى ذكر للملك ، لأن التسرى لا يصح إلا في الملك . قلنا الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى فيتقدّر بقدره لا يظهر في حق الحرية وهو الجزاء ، لأن الثابت بالضرورة يتقدّر بقدرها . قال (حلف لا يتزوج فزوجته غيره بغير أمره ، فان أجاز بالقول حنث) لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن

وإن أجازَ بالفعل لا يَحْنُثُ ، وَلَوْ أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يَزَوِّجَهُ حَنْثٌ ، وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ . حَلَفَ لَا يَزَوِّجُ عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ يَحْنُثُ بِالتَّوَكُّلِ وَالْإِجَازَةِ وَكَذَلِكَ ابْنَهُ وَأَبْنَتَهُ الصَّغِيرَيْنِ ، وَفِي الْكَبِيرَيْنِ لَا يَحْنُثُ إِلَّا بِالْمُبَاشَرَةِ . حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ فَوَكَّلَ بِهِ حَنْثٌ ، وَإِنْ نَوَى أَنْ لَا يَبَاشِرَهُ بِنَفْسِهِ صَدَقَ قَضَاءٌ . وَلَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ وَلَدَهُ فَأَمَرَ بِهِ لَمْ يَحْنُثْ ؛ وَذَبَحَ الشَّاةَ كَضَرْبِ الْعَبْدِ . حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَوَكَّلَ بِهِ لَمْ يَحْنُثْ ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَعَاوِضَاتِ الْمَالِيَّةِ .

فِي الْإِبْتِدَاءِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي تَصَرُّفَاتِ الْفُضُولَى (وَإِنْ أَجَازَ بِالْفِعْلِ) كَاعْطَاءِ الْمَهْرِ وَنَحْوِهِ الْمُخْتَارِ أَنَّهُ (لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّ الْعُقُودَ تَخْتَصُّ بِالْأَقْوَالِ فَلَا يَكُونُ فِعْلُهُ عَقْدًا وَإِنَّمَا يَكُونُ رِضًا ، وَشَرَطَ الْحَنْثَ الْعَقْدَ لَا الرِّضَا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ فِي الْوَجْهَيْنِ ، وَأَفْقَى بِهِ بَعْضُ الْمَشَايخِ ، لِأَنَّ الْإِجَازَةَ لَيْسَتْ بِأَنْشَاءٍ لِلْعَقْدِ حَقِيقَةٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ تَنْفِيزٌ لِلْحُكْمِ الْعَقْدِ بِالرِّضَا بِهِ (وَلَوْ أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يَزَوِّجَهُ حَنْثٌ) لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي النِّكَاحِ سَفِيرٌ وَمُعْبَرٌ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ . وَلَوْ قَالَ : عَنَيْتُ أَنْ لَا أَتَكَلَّمَ بِهِ صَدَقَ دِيَانَةٌ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ لاقْتِضَاءُ لَأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي (الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ) وَكُلُّ عَقْدٍ لَا تَرْجِعُ حَقُوقُهُ إِلَى الْوَكِيلِ كَالْكِتَابَةِ وَالْخَلْعِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَةِ وَالْقَرْضِ وَالِاسْتِقْرَاضِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ فِعْلٍ لَيْسَ لَهُ حَقُوقٌ كَالضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَالذَّبْحِ وَالْكُسُوفِ وَالْقَضَاءِ وَالِاقْتِضَاءِ وَالْحَصُومَةِ وَالشَّرَكَةَ فَإِنَّهُ يَحْنُثُ بِفِعْلِهِ وَبِالْأَمْرِ . وَفِي الصِّلَحِ رَوَايَتَانِ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ (حَلَفَ لَا يَزَوِّجُ عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ يَحْنُثُ بِالتَّوَكُّلِ وَالْإِجَازَةِ) لِأَنَّ ذَلِكَ مُضَافٌ إِلَيْهِ مَتَوَقَّفٌ عَلَى إِرَادَتِهِ لِلْمَلِكَةِ وَوَلَايَتِهِ (وَكَذَلِكَ ابْنَهُ وَأَبْنَتَهُ الصَّغِيرَيْنِ) لَوْلَايَتِهِ عَلَيْهِمَا (وَفِي الْكَبِيرَيْنِ لَا يَحْنُثُ إِلَّا بِالْمُبَاشَرَةِ) لَعَدَمَ وَلَايَتِهِ عَلَيْهِمَا فَهُوَ كَالْأَجْنَبِيِّ عَنْهُمَا فَيَتَعَلَّقُ بِحَقِيقَةِ الْفِعْلِ . قَالَ (حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ فَوَكَّلَ بِهِ حَنْثٌ) لِأَنَّ مَنْفَعَةَ ذَلِكَ تَرْجِعُ إِلَى الْمَالِكِ فَيَجْعَلُ مَبَاشَرًا لِأَنَّهُ لَا حَقُوقَ لَهُ تَرْجِعُ إِلَى الْوَكِيلِ (وَإِنْ نَوَى أَنْ لَا يَبَاشِرَهُ بِنَفْسِهِ صَدَقَ قَضَاءٌ) لِأَنَّهُ فِعْلٌ حَسِيٌّ ، فَإِذَا نَوَى الْفِعْلَ بِنَفْسِهِ فَقَدْ نَوَى الْحَقِيقَةَ فَيَصْدَقُ قَضَاءُ وَدِيَانَةٌ ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ النِّكَاحِ وَأَخَوَاتِهِ لِأَنَّهُ تَكَلَّمَ بِكَلَامٍ يَفْضِي إِلَى النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْأَمْرِ بِذَلِكَ مِثْلُ التَّكَلُّمِ بِهِ ، فَإِذَا نَوَى التَّكَلَّمَ بِهِ فَقَدْ نَوَى الْخَاصَّ مِنَ الْعَامِ فَيَصْدَقُ دِيَانَةٌ لاقْتِضَاءِ . قَالَ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ وَلَدَهُ فَأَمَرَ بِهِ لَمْ يَحْنُثْ) لِأَنَّ مَنْفَعَتَهُ عَائِلَةٌ إِلَى الْوَلَدِ وَهُوَ التَّثْقِيفُ وَالتَّأْدِيبُ فَلَا يَنْسَبُ إِلَى الْأَمْرِ ، بِخِلَافِ ضَرْبِ الْعَبْدِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ (وَذَبَحَ الشَّاةَ كَضَرْبِ الْعَبْدِ) حَلَفَ لَا يَضْرِبُ حَرًّا فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَضَرَبَهُ لَا يَحْنُثُ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ضَرْبَ الْحَرِّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سُلْطَانًا أَوْ قَاضِيًا فَيَحْنُثُ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ ضَرْبَهُ حَدًّا وَتَعْزِيرًا نِيصَحُ الْأَمْرَ بِهِ . قَالَ (حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَوَكَّلَ بِهِ لَمْ يَحْنُثْ ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَعَاوِضَاتِ الْمَالِيَّةِ)

حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَبَاعَ وَلَمْ يَقْبَلِ الْمُشْتَرِي لَا يَحْنُثُ ، وَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ
وَالسَّلَامُ وَالرَّهْنُ وَالنِّكَاحُ وَالْخَلْعُ ، وَلَوْ وَهَبَ أَوْ تَصَدَّقَ ، أَوْ أَعَارَ فَلَمْ يَقْبَلِ
حَنْثٌ . حَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إِلَى قَرِيبٍ فَمَّا دُونَ الشَّهْرِ ، وَبَعِيدٍ أَكْثَرَ مِنْ
الشَّهْرِ ، وَإِنْ قَالَ : لِيَقْضِيَنَّهُ الْيَوْمَ فَقَعَلَ ، وَبَعْضُهَا زَيْوْفٌ ، أَوْ تَبَهْرَجَةٌ ،
أَوْ مُسْتَحَقَّةٌ لَمْ يَحْنُثْ ، وَلَوْ كَانَ رَصَاصًا أَوْ سَتُوقَةً حَنْثٌ .

لأن العقد يوجد من العاقد حتى ترجع الحقوق إليه على ما مرّ في البيوع فلم يوجد الشرط
وهو العقد من الخالف إلا أن ينوى ذلك لأن فيه تشديدا عليه ، أو يكون الخالف ممن
لا يباشر العقود كالسلطان والمخدرة ، لأنه إنما يمنع نفسه عما يعتاد ، ولو كان الخالف يباشر
مرة ويوكل أخرى تعتبر الغلبة . قال (حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث ، وكذلك
الإجارة والصرف والسلم والرهن والنكاح والخلع ، ولو وهب أو تصدق أو أعار فلم
يقبل حنث) لأن المعاوضة تمليك من الجانبين فيكون القبول ركنا لتحقيق المعاوضة ، وفي
غير المعاوضة تمليك من جانب المملك وحده . وقال زفر : لا يحنث في الهبة والصدقة أيضا
لأن تمامها بالقبول فصار كالبيع . قلنا الهبة تمليك فتمّ بالمملك والقبول شرط لثبوت الملك
دون وجود الهبة ، فصار كالوصية ، والإقرار بخلاف البيع لأنه تمليك وتملك على ما بينا .
وعن أبي حنيفة رحمه الله : في القرض روايتان ، ويحنث بالبيع الفاسد والهبة الفاسدة . وعن
أبي يوسف أنه لا يحنث . وقال زفر : لا يحنث فيه إلا بالقبض ، لأن المقصود الملك وهو
بالقبض . قلنا هو بيع حقيقة لوجود الإيجاب والقبول وعلى هذا البيع بشرط الخيار . قال
(حلف ليقضينّ دينه إلى قريب فمّا دون الشهر ، وبعيد أكثر من الشهر) لأن ما دون
الشهر يعدّ قريبا ، والشهر وما زاد يعدّ بعيدا والعبرة للمعتاد (وإن قال : ليقضينه اليوم
ففعّل وبعضها زيوف ، أو تبهرجة ، أو مستحقة لم يحنث) لأنها دراهم إلا أنها معيبة والعيب
لا يعدم الجنس ، ألا يرى أنه لو تجوّز بها في الصرف والسلم جاز ، والمستحقة دراهم وقبضها
صحيح . وبردّها لا ينتقض القبض الأوّل المستحقّ باليمين (ولو كان رصاصا أو ستوقة
حنث) لأنهما ليسا بدراهم حتى لو تجوّز بهما لم يجوز ، وهذا إذا كان الأكثر ستوقا ،
أما إذا كان الأكثر فضة لا يحنث . حلف ليقضينّ من فلان حقه فأخذه من وكيله أو كفيل
عنه بأمره أو محتال عليه بأمر المطاوب برّ ، وإن كانت الكفالة والحوالة بغير أمر المطلوب
حنث ، لأن القبض ليس من المحلوف عليه ، ألا يرى أن الدافع لا يرجع عليه ، وفي
الفصل الأوّل الأخذ من وكيله أخذ منه ، لما بينا أن حقوق القضاء لا ترجع إلى المأمور
وكذا كفيله بأمره كالوكيل ، ولهذا يرجع بما أدّى عليه ، وكذا لو حلف ليعطينّ فلانا
حقه فأمر غيره بالأداء أو أحاله فقبض برّ ، وأو باعه شيئا وقبضه برّ أيضا ، لأن بالبيع

حَلَفَ لَا يَقْبِضُ دَيْنَهُ مُتَفَرِّقًا فَقَبِضَ بَعْضُهُ لَا يَحْنُثُ حَتَّى يَقْبِضَ بَاقِيَهُ ،
وَأِنْ قَبِضَهُ فِي وَزْنَتَيْنِ مُتَعَاقِبًا لَمْ يَحْنُثْ . حَلَفَ لَا يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَهُ أَبَدًا ،
وَأِنْ قَالَ : لَأَفْعَلَنَّهُ بَرًّا بِوَاحِدَةٍ . اسْتَحْلَفَ الْوَالِي رَجُلًا لِيُعْلِمَنَّهُ بِكُلِّ
مُفْسِدٍ فَهُوَ عَلَى حَالِ وَلَايَتِهِ خَاصَّةً . حَلَفَ لِيَهْبَنَهُ فَعَمَلٌ وَلَمْ يَقْبَلْ بَرًّا ،
وَكَذَلِكَ الْقَرْضُ وَالْعَارِيَةُ وَالصَّدَقَةُ .

فصل

صار الثمن دينا في ذمته فيتقاصان وهو طريق قضاء الديون ؛ ولو أبرأه أو وهبه حنث لأنه
إسقاط محض من جهة الطالب وليس بقضاء من الخالف ، بخلاف البيع على ما بينا . حلف
لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فهرب من الغريم لم يحنث . قال (حلف لا يقبض دينه
متفرقا فقبض بَعْضُهُ لَا يَحْنُثُ حَتَّى يَقْبِضَ بَاقِيَهُ) لأن الشرط قبض جميع دينه متفرقا ولم يوجد
شرط الحنث ، ألا يرى أنه لو أبرأه من الباقي أو وهبه لا يكون قابضا للكل (وإن قبضه
في وزنيتين متعاقبا لم يحنث) لأنه قد يتعذر وزن الكل دفعة واحدة فيكون هذا القدر
مستثنى من اليمين فلا يحنث به ، وإن اشتغل بين وزنين بعمل آخر حنث لأنه تبدل المجلس
فاختلف الدفع . قال (حلف لا يفعل كذا تركه أبدا) لأنه نفي مطلقا فيعم (وإن قال :
لأفعلنه بَرًّا بِوَاحِدَةٍ) لأنه في معرض الإثبات فيبرأ بأي فعل فعله ، وإنما يحنث بموته أو بهلاك
محل الفعل إذا أيس من الفعل . قال (استحلّف الوالي رجلا ليعلمنه بكلّ مفسد فهو على
حال ولايته خاصة) لأن المقصود من ذلك رفع الفساد ودفع الشر بالمنع والزجر ، وذلك
في حال سلطته وولايته فيتقصد بها ، وزوالها بالموت والعزل (حلف ليهبته ففعل ولم يقبل
برًّا ، وكذلك القرض والعارية والصدقة) وقد مر الوجه فيه .

فصل

النذر قرينة مشروعة ، أما كونه قرينة فلما يلزمه من القرب كالصوم والصلاة والحج
والعتق والصدقة ونحوها . وأما شرعيته فللأوامر الواردة بإيفائه ، قال تعالى - وليوفوا
نذورهم - وقال صلى الله عليه وسلم « ف بنذكرك » وقال عليه الصلاة والسلام « من نذر
وسمى فعله الوفاء بما سمى » وقال عليه الصلاة والسلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه »
إلى غيرها من النصوص ، وعلى شرعيته الإجماع ، ولا يصح إلا بقربة لله تعالى من جنسها
واجب كالقرب المذكورة ، ولا يصح بما ليس لله تعالى من جنسها واجب كالنذر
والتحميد وعبادة المرضى وتكفين الميت وتشيع الجنائز وبناء المساجد ونحوها . والأصل فيه

وَلَوْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ عَلَّقَهُ بِشَرْطٍ
فَوُجِدَ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا : أَنَّهُ يُجْزِئُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ إِذَا
كَانَ شَرْطًا لَا يُرِيدُ وَجُودَهُ ،

أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، إذ لا ولاية له على الإيجاب ابتداء ، وإنما صححنا
إيجابه في مثل ما أوجبه الله تعالى تحصيلًا للمصلحة المتعلقة بالنذر ، ولا يصح النذر بمعصية .
قال صلى الله عليه وسلم « لا نذر في معصية الله تعالى » . قال (ولو نذر نذرًا مطلقًا) أى بغير
شرط ولا تعليق كقوله : على صوم شهر أو نحوه (فعليه الوفاء به) لما تقدم (وكذلك إن
علقه بشرط فوجد) لأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده ، ولأن النذر موجود نظرًا إلى الجزاء ،
والجزاء هو الأصل والشرط تبع ، واعتبار الأصل أولى فصار كالمنجز (وعن أبي حنيفة
رحمه الله آخرا : أنه يجزئه كفارة يمين إذا كان شرطًا لا يريد وجوده) كقوله : إن كلمت
فلانا أو دخلت الدار فعلى صوم سنة أو صدقة ما أملكه ، وهو قول محمد رحمه الله ،
واختاره بعض المشايخ للبلوى والضرورة ، ولو أدى ما التزمه يخرج عن العهد أيضًا لأن
فيه معنى اليمين وهو المنع ، وهو نذر لفظًا فيختار أى الجهتين شاء ؛ ولو كان شرطًا يريد
وجوده كقوله : إن شئني الله مريضى أو قضى دينى أو قدمت من سفرى لا يجزيه إلا الوفاء
بما سمي لأنه نذر بصيغته وليس فيه معنى اليمين ؛ ولو قال : إن فعلت كذا فألف درهم من
مالى صدقة ففعل وليس فى ملكه إلا مائة درهم لا يلزمه غيرها ، لأن النذر بما لا يملك لا يصح ؛
ولو نذر صوم الأبد فضعف لاشتغاله بالمعيشة أفطر لثلاث تحتل فرائضه ويفدى كالشيخ الفانى
فى شهر رمضان ؛ ولو نذر عددًا من الحج يعلم أنه لا يمكنه لا يأمر غيره بالحج عنه لأنه لا يعرف
قدر الفائت ، بخلاف الصوم . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : لو قال لله على إطعام عشرة
مساكين أو كسوة عشرة مساكين لا يجزئه إلا ما يجزئ فى كفارة اليمين لما تقدم أنه معتبر
بإيجاب الله تعالى ؛ وقوله : لله على طعام مساكين ، كقوله إطعام ، لأن الطعام اسم عين
ولأنما يصح إيجاب الفعل . وقال أبو يوسف : لو قال : لله على طعام أطعم ما شاء ولو أقمه ؛
ولو قال : على نذر ونوى الصوم أو الصدقة دون العدد أزمه فى الصوم ثلاثة أيام ، وفى
الصدقة إطعام عشرة مساكين اعتبارًا بالواجب فى كفارة اليمين إذ هو الأقل فكان متيقنا ؛
ولو نذرت صوم أيام حيضها أو قالت : لله على أن أصوم غدا فحاضت فهو باطل عند
محمد وزفر رحمه الله ، لأنها أضافت الصوم إلى وقت لا يتصور فيه . وقال أبو يوسف
رحمه الله : يقضى فى المسألة الثانية ، لأن الإيجاب صدر صحيحًا فى حال لا ينافى الصوم ولا
إضافته إلى زمان ينافيه ، إذ الصوم متصور فيه والعجز بعارض محتمل كالمرض فتقضيهم
وصار كما إذا نذرت صوم شهر يلزمها قضاء أيام حيضها لأنه لا يجوز خلو الشهر عن الحيض

وَلَوْ نَذَرَ ذَبْحَ وَلَدِهِ أَوْ نَحَرَهُ لَزِمَهُ ذَبْحُ شَاةٍ .

فصَحَّ الإيجاب ؛ ولو نذر صوم اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم ليلا لاشئ عليه ، وكذا لو قدم بعد الزوال أو قبله وقد أكل عند محمد ، لأن المعلق بالشرط كالمتكلم به عند وجوده . وقال أبو يوسف : يقضى فى الفصلين الآخرين كما إذا نذرت صوم غد فحاضت ؛ ولو قدم فى رمضان أو فى يوم الفطر قضاءه ولا يجزئه صومه ، لأن الإيجاب خرج صحيحا ؛ ولو نذر صلاة ركعة أو صوم نصف يوم صلى ركعتين وصام يوما ، لأن الركعة صلاة وقربة فى الجملة لاشتغالها على ذكر الله تعالى ، والقراءة وغيرها كالوتر عند بعضهم ، وصوم نصف يوم قربة كامسك غداة الأضحى فصَحَّ التزامه ثم يلزمه حفظه وإتمامه ضرورة عدم التجزئى شرعا ، ولو نذر ثلاث ركعات لزمه أربع عند أبي يوسف وركعتان عند زفر ؛ ولو نذر أن يصلى بغير وضوء فليس بشئ . وعن أبي يوسف يلزمه بوضوء لأن إيجاب أصل الصلاة صحيح وذكر الوصف باطل ؛ ولو نذر أن يصلى بغير قراءة أو عريانا صح خلافا لزفر ولزومه بقراءة مستورا ، لأن الصلاة كما ذكر قربة فى الجملة كالأئمة ومن لا يقدر على ثوب فصَحَّ الإيجاب . قال (ولو نذر ذبح ولده أو نحره لزمه ذبح شاة) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وكذا النذر بذبح نفسه أو عبده عند محمد ؛ وفى الوالد والوالدة عن أنى حنيفة روايتان الأصح عدم الصحة . وقال أبو يوسف وزفر : لا يصح شئ من ذلك لأنه معصية فلا يصح . ولهما فى الولد مذهب جماعة من الصحابة كعلي وابن عباس وغيرهما رضى الله عنهم ، ومثله لا يعرف قياسا فيكون سماعا ، ولأن إيجاب ذبح الولد عبارة عن إيجاب ذبح الشاة ، حتى لو نذر ذبحه بمكة يجب عليه ذبح الشاة بالحرم . بيانه قصة الذبيح عليه السلام ، فان الله تعالى أوجب على الخليل عليه السلام ذبح ولده بقوله - افعل ما تؤمر - وأمره بذبح الشاة حيث قال - قد صدقت الرؤيا - فيكون كذلك فى شريعتنا ، إما لقوله تعالى - ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا - أولأن شريعة من قبلنا تلزمنا حتى يثبت النسخ ، وله نظائر : منها إيجاب الشئ إلى بيت الله تعالى عبارة عن حج أو عمرة ، وإيجاب الهدى عبارة عن إيجاب شاة ومثله كثير ، وإذا كان نذر ذبح الولد عبارة عن ذبح شاة لا يكون معصية بل قربة حتى قال الإسيبيجاني وغيره من المشايخ : إن أراد عين الذبيح وعرف أنه معصية لا يصح ونظيره الصوم فى حق الشيخ الفانى معصية لإفضائه إلى إهلاكه ، ويصح نذره بالصوم وعليه الفدية ، وجعل ذلك التزاما للفدية كذا هذا . ولمحمد فى النفس والعبد أن ولايته عليهما فوق ولايته على ولده فكان أولى بالجواز . ولأبي حنيفة أن وجوب الشاة على خلاف القياس عرفناه استدلالا بقصة الخليل عاياه السلام ، وإنما وردت فى الولد فيقتصر عليه ؛ ولو نذر بلفظ القتل لا يلزمه شئ بالإجماع ، لأن النص ورد بلفظ الذبح

كتاب الحدود

وَهِيَ عَقُوبَةُ "سُدْرَةٍ" وَجَبَتْ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى . وَالزَّنا : وَطءُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ فِي الْقُبُلِ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ وَشُبُهَتِهِ ،

والنحر مثله ، ولا كذلك القتل ، ولأن الذبح والنحر وردا في القرآن على وجه القرية والتعبد ، والقتل لم يرد إلا على وجه العقوبة والانتقام والنهي ، ولأنه لو نذر ذبح الشاة بلفظ القتل لا يصح فهذا أولى ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

كتاب الحدود

وهو جمع حدّ ، وهو في اللغة : المنع ، ومنه الحداد للبواب لمنعه الناس من الدخول ، وحدود العقار : موانع من وقوع الاشتراك ، وأحدت المعتدة : إذا منعت نفسها من الملاذ والتنعيم على ما عرف ، واللفظ الجامع المانع حدّ ، لأنه يجمع معاني الشيء ويمنع دخول غيره فيه . وحدود الشرع : موانع وزواجر عن ارتكاب أسبابها (و) في الشرع (هي عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى) وفيها معنى اللغة على ما بينا ، والقصاص لا يسمى حدّاً لأنه حقّ العباد ، وكذا التعزير لأنه ليس بمقدّر ثبت شرعيته بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقولته تعالى - الزانية والزاني - الآية ، وقوله تعالى - السارق والسارقة - الآية ، وقوله - والذين يرمون المحصنات - الآية ، وآية المحاربة وغير ذلك . والسنة حديث ما عز والغامضية والعسيف وغيرها من الأحاديث المشهورة على ما يأتي في أثناء الأبواب إن شاء الله تعالى . والمعقول ، وهو أن الطباع البشرية والشهوة النفسانية مائلة إلى قضاء الشهوة واقتناص الملاذ وتحصيل مقصودها ومحبوبها من الشرب والزنا والتشنى بالقتل وأخذ مال الغير والاستطالة على الغير بالشم والضرب خصوصاً من القوى على الضعيف ، ومن العالي على الدنى ، فاقترضت الحكمة شرع هذه الحدود حسباً لهذا الفساد ، وزجراً عن ارتكابه ليبقى العالم على نظم الاستقامة ، فان إخلاء العالم عن إقامة الزاجريؤدى إلى انخراجه ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ، وإليه الإشارة بقوله تعالى - ولكم في القصاص حياة - . ومن كلام حكماء العرب : القتل أننى للقتل . قال . (والزنا : وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته) أما الأول فلعوم موارد استعمال اسم الزنا ، فانه متى قيل فلان زنى ، يعلم أنه وطئ امرأة في قبلها وطئاً حراماً ؛ ألا يرى أن ما عزا لما فسر الزنا بالوطء في القبل حراماً كاملياً في المكحلة حدّه النبی صلی الله عليه وسلم ؛ وأما كونه في غير الملك فلا أن الملك سبب الإباحة فلا يكون زناً ؛ وأما عدم الشبهة فلقوله عليه الصلاة والسلام « ادعوا الحدود

وَيَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ . وَالْبَيِّنَةُ : أَنْ يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ بِالزَّنا ، فَإِذَا شَهِدُوا يَسْأَلُهُمُ الْقَاضِي عَنْ مَا هَيْئَتِهِ وَكَيْفِيَّتِهِ وَمَكَانِهِ وَزَمَانِهِ وَالْمَزْنَى بِهَا ، فَإِذَا بَيَّنُّوا ذَلِكَ ، وَذَكَرُوا أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، وَشَهِدُوا بِهِ كَالْمَلِيلِ فِي الْمُكْحَلَةِ ، وَعَدُّوا فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ حَكَمَ بِهِ ، فَإِنْ نَقَصُوا عَنْ أَرْبَعَةٍ فَهُمْ قَذْفَةٌ .

بالشبهات « ولا بدّ فيه من مجاوزة الختان ، لأن المخالطة بذلك تتحقق وما دون ذلك ملازمة لا يتعلق بها أحكام الوطء من غسل وكفارة وصوم وفساد حجّ . قال (ويثبت بالبينة والإقرار) لأنهما حجج الشرع ، وبهما تثبت الأحكام على ما مرّ في الدعاوى ، وقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم - دليل على أن الزنا الذي رموه به يثبت إذا أتوا بأربعة شهداء حتى يسقط عنهم حدّ القذف وهى البينة . وأما الإقرار فالصدق فيه راجح لأنه إقرار على نفسه وفيه مضرة على نفسه ، وبه رجم عليه الصلاة والسلام ماعزا ، والعلم القطعي متعذر في حقنا فيكتفى بالظاهر الراجح (والبينة . أن يشهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا) لما تلونا ، ولقوله تعالى - واللاتي يأتين انفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهنّ أربعة منكم - شرط الأربعة للحديث الذي تقدّم في اللعان (فإذا شهدوا يسألهم القاضي عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزني بها) لأن في ذلك احتيالا للدرء المندوب إليه بقوله عليه الصلاة والسلام « ادرءوا الحدود ما استطعتم » . أما السؤال عن ماهيته وكيفيته فلاحتمال أنه اشتبه عليه فظنّ غير الزنا زنا ، فان ما دون الزنا يسمى زنا مجازا ، قال عليه الصلاة والسلام « العيان تزنيان ، واليدان تزنيان ، والرجلان تزنيان ، ويحقق ذلك الفرج (١) » . وأما السؤال عن المكان والزمان فلاحتمال أنه زنا في دار الحرب أو في زمان الصبا ، أو في المتقادم من الزمان فيسقط الحدّ على ما يأتي إن شاء الله تعالى . وأما السؤال عن المزني بها لاحتمال أنها ممن تحلّ له أو له فيها شبهة لا يعرفها الشهود ، فان سألم فقالوا : لانزيد على هذا لا يحدّون لأنهم شهدوا بالزنا وهم أربعة وما قذفوا . قال (فإذا بينوا ذلك وذكروا أنها محرّمة عليه من كل وجه ، وشهدوا به كالميل في المكحلة وعدّوا في السّرّ والعلانية حكم به) لثبوته بالبينة ، وكيفية التعديل ذكرناه في الشهادات ، ولم يكتف أبو حنيفة رحمه الله بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء المندوب إليه (فإن نقصوا عن أربعة فهم قذفة) يحدّون للقذف إذا طلب المشهود عليه لأنه تعالى أوجب الحدّ عند عدم شهادة الأربع ، وكذلك إن جاءوا متفرّقين إلا أن يكون في مجلس واحد في ساعة

(١) قوله ويحقق ذلك الفرج ، تنمة الحديث في رواية أخرى « والفرج يصدّ ، ذلك ويكذبه »

وَلَا يَنْبَغِي رَجْعُهُمْ قَبْلَ الرَّجْمِ سَقَطَ وَحْدُهَا ، وَإِنْ رَجَعُوا بَعْدَ الرَّجْمِ يَضْمَنُونَ الدِّيَّةَ ، وَإِنْ رَجَعَ وَاحِدٌ فَرُبُّعُهَا ، وَإِنْ شَهِدُوا بِزَنَّا مُتَقَادِمٍ كَمْ يَمْنَعُهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بَعْدَهُمْ عَنْ الْإِمَامِ كَمْ تُقْبَلُ .

واحدة ، لأن قولهم احتمل أن يكون شهادة ، واحتمل أن يكون قذفا ، وإنما تتميز الشهادة عن القذف إذا وقعت جملة ، ولا يمكن ذلك دفعة واحدة منهم فاعتبرنا اتحاد المجلس وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحدّ لقيام الشبهة لاحتمال أنها زوجته أو أمته . قال (وإن رجعوا قبل الرجم سقط وحدوا) أما سقوط الحدّ فليظلال الشهادة بالرجوع ؛ وأما وجوب الحدّ عليهم فلاّتهم قذفة (وإن رجعوا بعد الرجم يضمنون الدية) لأنهم تسببوا إلى قتله ، والمتسبب تجب عليه الدية كحافر البئر (وإن رجع واحد فربعها) لأنه تلف يشهادته ربع النفس ؛ أو نقول : بقی من يبقی بشهادته ثلاثة أرباع الحقّ فيكون التالف يشهادته ربع الحقّ ؛ ولا وجه إلى وجوب القصاص لأنه متسبب ولاقصاص على المتسبب ، ويحدّ حدّ القذف مع الدية خلافا لزفر لأنه قذف حيا ومات فبطل ؛ وإن كان قذف ميتا فقد رجم بقضاء فأورث شبهة . ولنا أن الشهادة إنما تصير قذفا بالرجوع فيجعل قاذفا للميت حالة الرجوع فقد بطلت الحجة فبطل القضاء الذي يبتنى عليها فلا يورث شبهة ؛ وإن رجعوا بعد الجلد فالحدّ لما مرّ ولا يضمنون أرش السياط ، وكذلك إن مات من الجلد ، وقالوا : يضمنون ، وإن رجع واحد فعليه ربع الأرش ، وإن مات فربع الدية لأنه من الجلد وقد حصل بسبب الشهادة ، فكان الشاهد هو الموجب كما في الرجم . ولأبي حنيفة أن أثر الضرب والموت ليس موجب الشهادة ، لأن الجلد قد يؤثر ولا يؤثر ، وقد يموت منه ولا يموت ، ولو كان موجب الشهادة لما انفكّ عنها كما في الرجم ، وإذا لم يكن موجب الشهادة لا يلزم الشاهد ضمانه ، ولأنه لو وجب إما أن يجب على الشاهد ولا وجه له لما بينا . أو على الجلاّد ولا وجه له أيضا لأنه مأذون في فعله لاعلى وجه البدل ، ولم يتعمد تجاوز ما أمر به كمعين القصار ، ولأننا لو أوجبناه عليه لامتنع الناس من ذلك وفيه ضرر جليّ ، أو على بيت المال ، ولا وجه له ، لأن الحكم غير موجب له لأنه ينفكّ عنه غالبا فلا يجب كما قلنا في الشامد . قال (وإن شهدوا بزنا متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل) لما روى أن عمر رضى الله عنه خطب فقال : أيما شهود شهدوا بحدّ لم يشهدوا عند حضرته فانما هم شهود ضغن لا تقبل شهادتهم ، ولأنها شهادة تمكنت فيها تهمة فتبطل . يميانه أن الشهود إذا عاينوا الفاحشة فهم بالخيار إن شاعوا شهدوا به حسبة لإقامة الحدّ ، وإن شاعوا ستروا على المسلم حسبة أيضا ، فإن اختاروا الأداء حرم عليهم التأخير ، لأن تأخير الحدّ حرام ، فيحمل تأخيرهم على الستر حسبة حملهم على الأحسن ، فاذا أخروا

وَيَتَّبَعُ بِالْإِقْرَارِ ، وَهُوَ أَنْ يُقِرَّ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعِ مَجَالِسٍ يَرُدُّهُ الْقَاضِي فِي كُلِّ مَرَّةٍ حَتَّى لَا يَرَاهُ ، ثُمَّ يَسْأَلُهُ كَمَا يَسْأَلُ الشُّهُودَ إِلَّا عَنْ الزَّمَانِ ، فَإِذَا بَيَّنَّ ذَلِكَ لَزِمَهُ الْحَدُّ .

ثم شهدوا أنهم إنما شهدوا لضغينة حملتهم على ذلك كما قال عمر رضى الله عنه ، وإن كان تأخيرهم للحسبة الستر ثبت فسقهم وردت شهادتهم ، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يبعدى نفسه فلا يهتم ؛ ثم التقادم فى الحدود الخالصة لله تعالى يمنع قبول الشهادة إلا إذا كان التأخير لعذر كبعد المسافة أو مرض ونحو ذلك ؛ فحدّ الزنا والشرب والسرقه خالص حقّ الله تعالى حتى يصحّ رجوع المقرّ عنها فيكون التقادم فيها مانعا ؛ وحدّ القذف فيه حقّ العبد لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا توقف على دعواه ولا يصحّ الرجوع عنه ، فالتقادم فيه لا يمنع قبول الشهادة لأن الدعوى فيه شرط ، فاحتمل أن تأخيرهم لتأخير الدعوى فلا يهتمون فى ذلك ؛ ولا يلزم حدّ السرقة لأن الدعوى شرط للمال لا للحدّ ، لأن الحدّ خالص حقّ الله ، ولأن السرقة تكون فى السرّ والخفية من المالك فيجب على الشاهد إعلامه ، فبالتأخير يفسق أيضا . وأما حدّ التقادم فأبوحنيفة لم يقدر فى ذلك وفوضه إلى رأى الإمام كما هو دأبه . وروى المولى عن أبى يوسف قال : جهدنا بأبى حنيفة أن يوقت فى التقادم شيئا فأبى ، لأن التقادم يختلف باختلاف الأحوال والأعذار وردّه إلى اجتهد الحاكم . وروى الحسن ومحمد عن أبى حنيفة أنهم إذا شهدوا بعد سنة لم تقبل شهادتهم ، وهذا لا ينافى الأوّل لأنه جعل السنة تقادما ولم يمنع ما دونها . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا شهدوا بعد مضى شهر فهو تقادم لأنه فى حكم البعيد وما دونه فى حكم القريب ، فوجب أن يقدر التقادم به إذا لم يكن عذرا . وعن الطحاوى ستة أشهر (ويثبت بالإقرار ، وهو أن يقرّ العاقل البالغ أربع مرّات فى أربع مجالس يرده القاضى فى كلّ مرّة حتى لا يراه ثم يسأله كما يسأل الشهود إلا عن الزمان ، فإذا بين ذلك لزمه الحدّ) أما اشتراط العقل والبلوغ فلائهما شرط للتكاييف ، وأما اشتراط الأربع فلما روى « أن معز بن مالك أقرّ عند النّبى عليه الصلاة والسلام فأعرض عنه ، فعاد فأقرّ فأعرض عنه ، فعاد الثالثة فأقرّ فأعرض عنه ، فعاد الرابعة فأقرّ ، فقال عليه الصلاة والسلام : الآن أقررت أربعاً فبمن ؟ » وفى رواية « فأعرض عنه حتى خرج من المسجد ثم عاد » والتمسك به من وجوه : أحدها أن الحدّ لو وجب بالمرّة الواحدة لم يؤخره إلى الرابعة لأنه لا يجوز تأخير الحدّ إذا وجب ، قال عليه الصلاة والسلام « ما ينبغي لوالى حدّ أتى فى حدّ من حدود الله تعالى إلا إقامته » . الثانى أن قوله عليه الصلاة والسلام « الآن أقررت أربعاً » دليل على أن الموجب هو الإقرار أربعاً ، هذا هو المفهوم من إفحوى هذا الكلام . الثالث ما روى أن أبا بكر رضى الله عنه لما أقرّ الثالثة قال له

وإِذَا رَجَعَ عَنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ الْحَدِّ أَوْ فِي وَسْطِهِ خُلِّيَ سَبِيلُهُ . وَيُسْتَحَبُّ لِلإِمَامِ أَنْ يُلْقِنَهُ الرَّجُوعَ كَقَوْلِهِ لَهُ : لَعَلَّكَ وَطِئْتَ بِشَيْئَةٍ ، أَوْ قَبَلْتَ ، أَوْ لَمَسْتَ .

إن أقررت الرابعة رجحك رسول الله ، وهذا دليل على أنهم علموا أن الرابعة شرط لوجوب الرجم ، ومثل هذا لا يعلم إلا توقيفا . وكذلك روى عن أبي بريدة أنه قال « كنا نتحدث بين يدي رسول الله عليه الصلاة والسلام أن ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجه صلى الله عليه وسلم » وهذا دليل على أنهم عرفوه شريعة قبل رجم ماعز ؛ ولأن الزنا اختص بزيادة تأكيد لم يجب في غيره من الخلود إعظاما لأمره وتحقيقا لمعنى السبر كزيادة عدد الشهود والسؤال عن حال المقر ، فيناسب أن يختص بزيادة العدد في الأقارير أيضا واشتراط اختلاف المجالس لما روينا ، ولأن اتحاد المجلس يؤثر في جميع المتفرقات فتثبت شبهة الاتحاد في الإقرار ، والمعتبر اختلاف مجلس المقر لأن الإقرار قائم به دون القاضي ، فاذا أقر أربعا على ما وصفنا يسأل القاضي عن حاله ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز « أباك داء ؟ أباك خبل ؟ أباك ؟ جنون ؟ فقال لا ، وبعث إلى قومه فسألهم هل تنكرون من حاله شيئا ؟ قالوا لا ، فأمر به فرجم » فاذا عرف صحة عقله سأله عن الزنا لما تقدم في الشهود ، ولا احتمال أنه وطئها فيما دون الفرج واعتقده زنا ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك لمست ، لعلك قبلت ، لعلك باشرت ، فلما ذكر ماعز النون والكاف قبل إقراره « ويسأله عن المزني بها لأنه صلى الله عليه وسلم قال لماعز : فبمن ؟ وبلحوا أنه وطئ من لا يجب الحد بوطنها كجارية الابن والجارية المشتركة ونحوهما وهو لا يعلم ذلك ، ويسأله عن المكان لما بينا ولا يسأله عن الزمان ، لأن التقادم لا يمنع قبول الإقرار لما بينا ، وقيل يسأله بلحوا أنه زنى حالة الصغر ، فإذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ولما روينا . قال (وإذا رجع عن إقراره قبل الحد أَوْ فِي وَسْطِهِ خُلِّيَ سَبِيلُهُ) لأن رجوعه إخبار يحتمل الصدق كالإقرار ولا مكذب له . فتحققت شبهة لتعارض الإقرار بالرجوع ، بخلاف القصاص وحد القذف لأنه حق العبد فإنه يكذبه فلا معارض للإقرار الأول . وروى « أن ماعزا لما مسه حر الحجارة هرب ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : هلا خليت سبيله » فجعل الحرب الدال على الرجوع مسقطا للحد فلأن يسقط بصريح الرجوع أولى (ويستحب للإمام أن يلقيه الرجوع كقوله له : لعلك وطئت بشبهة ، أو قبلت ، أو لمست) لما روينا واحتياالا للدرء . وروى « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقال له : ما إخالك (١) سرت » وفيه دليل على جواز التلقين

(١) قوله ما إخالك ، في نسخة ما إخاله سرق .

وَحَدَّثَ الزَّانِي إِنْ كَانَ مُحْصَنًا الرَّحْمُ بِالْحَجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ ، يُخْرِجُ إِلَى أَرْضٍ مُضَيَّاءَ ، فَإِنْ كَانَ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ يَبْتَدِي الشُّهُودُ ثُمَّ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ ، فَإِذَا امْتَنَعَ الشُّهُودُ أَوْ بَعْضُهُمْ لَا يُرْجَمُ ،

وعلى سقوط الحدِّ بالرجوع والإلما أفاد التلقين . وإذا أقر الخصى بالزنا يحدُّ لأنه قادر على الإيلاج لسلامة آله ، ولو أقر المحبوب لا يحدُّ لكذبه قطعاً ، وكذلك الشهادة عليهما ، ولا يحدُّ الأخرس بالإقرار إشارة للشبهة ، وإذا أقر أنه زنى بامرأة غائبة أقيم عليه الحدُّ استحساناً ، والقيامُ أن لا يحدُّ حتى تحضر لجواز أنها تدعى شبهة لسقوط الحدِّ . وجه الاستحسان أن ما عزا أقرَّ بالزنا بامرأة غائبة فرجه صلى الله عليه وسلم قبل إحضارها . المقضى برجه إذا قتله إنسان أو فقاً عينه لاشئ عليه ، ولو قتله قبل القضاء يجب القصاص في العمد والدية في الخطأ لأنه إنما يصير مباح الدم بالقضاء .

فصل

(وحدَّثَ الزَّانِي إِنْ كَانَ مُحْصَنًا الرَّجْمَ بِالْحَجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ) لحديث ما عر أنه صلى الله عليه وسلم رجمه وكان محصناً . وقال صلى الله عليه وسلم « لا يحلُّ دم امرئ مسلم إلا بثلاث » وذكر منها « أو زنا بعد إحصان » والنبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية . وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : مما أنزل الله آية الرجم - الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة - وهذا مما قالوا إنه قرآن نسخ لفظه وبقي معناه ، وعلى ذلك لإجماع العلماء : قال (يخرج إلى أرض فضاء) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بما عر أمر برجه ولم يحفر له قال (فإن كان ثبت بالبينة يبتدىء الشهود ثم الإمام ثم الناس) لما روى عن علي رضى الله عنه أنه بدأ برجم الهمدانية لما أقرت عنده بالزنا وقال : الرجم رجمان : رجم سرّاً ، ورجم علانية ، فالعلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها ، والسرّ أن يشهد الشهود فترجم الشهود ثم الإمام ثم الناس ، ولأن البداءة بالشهود ضرب احتيال للدرء ؛ لأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء وتعاظم المباشرة حرمة للنفس فيرجع عن الشهادة . قال (فإذا امتنع الشهود أو بعضهم لا يرجم) لأنه دليل رجوعهم ، وكذا إذا غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط ، وكذا إذا ماتوا أو مات بعضهم ، وكذا إذا جنوا أو فسقوا أو قذفوا فحدوا أو حد أحدهم أو عوى أو خرس أو ارتد ، لأن الطارىء على الحد قبل الاستيفاء كالوجود في الابتداء كما في رجوع المقر فصار كأنهم شهدوا وهم بهذه الصفة فلا يحد . وعن أبي يوسف : إذا غاب الشهود رجم ولم ينتظروا ، وكذا إذا امتنعوا أو امتنع بعضهم لأنه حد فلا يشترط فيه مباشرة الشهود كالجلد . قلنا بالجلد لا يحسنه كل أحد فربما وقع

وَأَنَّ ثَبَتَ بِالْإِقْرَارِ ابْتَدَأَ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَصَّنًا فَحَدَّهُ الْجُلْدُ مِائَةً لِلْحَرْثِ وَخَمْسُونَ لِلْعَبْدِ ، وَيُضْرَبُ بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا يُفَرِّقُهُ عَلَى أَعْضَائِهِ إِلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَقَرْنَهُ ،

مهلكا ، ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف . وعن محمد : إذا كانوا مرضى أو مقطوعي الأيدي يبتدئ الإمام ثم الناس لأن الامتناع إذا كان بعذر ظاهر زالت التهمة ، ولا كذلك لو ماتوا لاحتمال الرجوع أو الامتناع فكان ذلك شبهة ؛ ولا بأس لكل من رمى أن يتعمد مقتله لأنه واجب القتل إلا أن يكون ذا رحم منه ، فالأولى أن لا يتعمد مقتله ويولى ذلك غيره لأنه نوع من قطيعة الرحم من غير حاجة . قال (وإن ثبت بالإقرار ابتداء الإمام ثم الناس) لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم حضر للغامدية حفرة إلى صدرها وأخذ حصاة مثل الحمصة فرماها بها وقال : ارموا واتقوا الوجه ، فلما طعنت أخرجهما وصلى عليها وقال : لقد تابت توبت لو قسمت على أهل الحجاز لو سعتهم » ولحديث على رضي الله عنه ، ولا ينبغي أن يربط المرجوم ولا يمسك ولا يحفر للرجل لكنه يقام قائما ثم يرجم لأنه صلى الله عليه وسلم لم يفعل شيئا من ذلك بما عجز ، وما نقل أنه هرب دليل عليه ، ويغسل ويكفن ويصلى عليه لما مر من حديث الغامدية . وقال صلى الله عليه وسلم في ماعز « اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم ، فقد تاب توبة لو تابها صاحب مكس ! غفر له ، ولقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة » ولأنه مقتول بحق فصار كالمقتول قصاصا . قال (وإن لم يكن محصنا فحدّه الجلد مائة للحرّ وخمسون للعبد) قال تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة - وقال تعالى في حق الإماماء - فإن أتيت بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب - . قال (يضرب بسوط لا ثمرة له (١) ضربا متوسطا يفرقه على أعضائه إلا رأسه ووجهه وفرجه) لأن عليا رضي الله عنه كسر ثمرة السوط لما أراد إقامة الحدّ به والمتوسط من الضرب بين المتلف وغير المؤلم ليحصل المقصود ، وهو الانزجار بدون الهلاك . وأما التفريق على الأعضاء لأنه إذا جمع الضرب في مكان واحد ربما أدّى إلى التلف ، والحدّ غير متلف ، وليدخل الألم على كل عضو كما وصلت اللذة إليه ، إلا أنه يبقى الأعضاء التي لا يؤمن فيها التلف ، أو تلف ما ليس بمستحق ، إذ التلف ليس بمستحق فالرأس والفرج مقتل ، والوجه مكان البصر والشم . وعن عمر رضي الله عنه أنه قال للجلاد : اتق الرأس والوجه . وعن أبي يوسف أنه يضرب الرأس ، فقد روى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال : اضربوا الرأس فإن الشيطان فيه ، ولأنه لا ينحشى التلف بسوط وسوطين ، وجوابه ما مر ، وأثر الصدّيق ورد في حربيّ كان راعيا وهو مستحقّ القتل .

(١) قوله لا ثمرة له ، قال في مختار الصحاح : وثمر السياط : عقد أطرافها اه مصححه .

وَيُجَرَّدُ عَنْ ثِيَابِهِ إِلَّا الْإِزَارَ ، وَلَا تُجَرَّدُ الْمَرْأَةُ إِلَّا عَنِ الْقُرْوِ وَالْجَشْوِ ، وَإِنْ حُفِرَ لَهَا فِي الرَّجْمِ جَاوِزٌ ، وَيَضْرَبُ الرَّجُلُ قَائِمًا فِي جَمِيعِ الْحُدُودِ ، وَلَا يُجْمَعُ عَلَى الْمُحْصَنِ الْجُلْدُ وَالرَّجْمُ ، وَلَا يُجْمَعُ عَلَى غَيْرِ الْمُحْصَنِ الْجُلْدُ وَالنَّفْسُ إِلَّا أَنْ يَرَاهُ الْإِمَامُ مُصْلِحَةً فَيَفْعَلَهُ بِمَا يَرَاهُ ،

قال (ويجرد عن ثيابه إلا الإزار) هكذا نقل عن علي رضي الله عنه ، ولأنه أبلغ في إيصال [الألم إليه ، وحدث الزنا مبناه على شدة الضرب فيقع أبلغ في الزجر ، ونزع الإزار يؤدي إلى كشف العورة فلا ينزع . قال (ولا تجرد المرأة إلا عن القرو والحشو) لأن مبنى حاله على السر ، وفي نزع ثيابها كشف عورتها ، والستر يحصل بدون الحشو والقرو ، وفيهما منع من وصول الألم فينزعان وتضرب جالسة لأنه أستر لها . وعن علي رضي الله عنه : يضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً (وإن حفر لها في الرجم جاز) لما روينا من حديث الغامدية ، وعلي رضي الله عنه حفر للهمدانية ، وإن تركه لا يضرب لأنه غير مأمور به (ويضرب الرجل قائماً في جميع الحدود) لحديث علي رضي الله عنه ، ولا يمد ولا يشد لأنه زيادة عقوبة غير مستحقة عليه . قال (ولا يجمع على المحصن الجلد والرجم) لأنه صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ولم يجلده ، ولأنه لافائدة في الجلد ، لأن المراد من الحد الزجر وهو لا ينزجر بعد هلاكه ، وزجر غيره يحصل بالرجم إذ القتل أبلغ العقوبات ، وهو مذهب عامة العلماء . قال (ولا يجمع على غير المحصن الجلد والنفي) لقوله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا - الآية ، وأنه بيان لجميع الحكم لأنه كل المذكور ، أو لأنه ذكره بحرف الفاء وهو الجزاء ، فلا يزداد عليه إلا بدليل يساويه أو يرجح عليه ، إذ الزيادة على النص نسخ ، ولأن النفي يفتح عليها باب الزنا لقلة استحبابها من عشرتها وفيه قطع المسادة عنها غرباً اتخذت ذلك مكسباً وفيه من الفساد ما لا يخفى ، وإليه الإشارة بقول علي رضي الله عنه : كفى بالتغريب فتنة . وأما قوله صلى الله عليه وسلم «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» قلنا الآية متأخرة عنه فنسخته . بيانه أن الجلد في الأصل كان الإيذاء لقوله تعالى - فأذوها - ثم نسخ بالحبس بقوله تعالى - فأمسكوهن في البيوت - إلى قوله - أو يجعل الله لهن سبيلاً - ثم قال صلى الله عليه وسلم «خلوا عنى قد جعل الله لهن سبيلاً» الحديث (١) فكان بياناً للسبيل الموعود في الآية ، وذلك قبل نزول آية الجلد ، فكانت ناسخة للكل ، أو نقول : هو حديث آحاد فلا يزداد به على الكتاب لما بينا . قال (إلا أن يراه الإمام مصلحة فيفعله بما يراه) فيكون سياسة وتعزيراً لاحداً ، وهو تأويل ماروى من التغريب

(١) قوله الحديث ، هو قوله صلى الله عليه وسلم «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم» اهـ مصححه

وَلَا يُقِيمُ الْمَوْلَى الْحَدَّ عَلَى عَبْدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، وَإِذَا كَانَ الزَّانِي مَرِيضًا ،
فَإِنْ كَانَ مُحْصَنًا رُجِمَ ، وَإِلَّا لَا يُجْلَدُ حَتَّى يَبْرَأَ ، وَالْمَرْأَةُ الْحَامِلُ لَا تُحْدُّ حَتَّى
تَضَعَ حَمْلَهَا ، فَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الْجُلْدُ فَحَتَّى تَتَعَالَى مِنْ نَفْسِهَا ، وَإِنْ كَانَ
الرَّجْمُ فَعَقِيبَ الْوِلَادَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ مِنْ يَرْبِيهِ فَحَتَّى يَسْتَغْنِيَ
عَنْهَا .

عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، فإنه روى عن عمر أنه
نفي رجلا فلحق بالروم فقال : لأنتي بعدها أحدا ؛ ولو كان النفي حدا لم يجوز تركه ، قال
تعالى - ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر - فدل أنه كان
سياسة وتعزيرا ، ولأنه لو كان حدا لاشتهر بين الصحابة كسائر الحدود ، ولو اشتهر لما
اختلفوا فيه ، وقد اختلفوا لما تقدم من قول علي ورجوع عمر فدل على أنه ليس بحد ،
ولا يقام الحد في مسجد . وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم « لا تقام الحدود في المساجد » وروى حكيم بن حزام قال « نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن يستقاد في المساجد أو ينشد فيها الشعر أو يقام فيها الحدود » ولأنه
عساه ينفصل منه ما ينجس المسجد ، وللإمام أن يخرج به إلى باب المسجد ويأمر من يجلبه
وهو يشاهده ، ويجوز له أن يبعث بأمين ويأمره بإقامة الحد . قال صلى الله عليه وسلم
في حديث العسيف « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » . قال (ولا يقيم
المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) لأن الحد حق الله تعالى فلا يستوفيه إلا نائبه ،
وهو الإمام أو نائبه ؛ بخلاف التعزير لأنه حق العبد حتى جاز تعزير الصبي ، وحقوق
الشرع موضوعة عنه ، ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أربع إلى الولاية » وعدتها
إقامة الحدود ، ولأن المولى منهم في إقامة الحد على عبده لأنه يخاف نقصان ماله فلا يضرب
الضرب المشروع فلا تحصل مصلحة الزجر فلا يكون له ذلك . قال (وإذا كان الزاني
مريضا فإن كان محصنا رجم) لأن الإتيان مستحق عليه فلا معنى للتأخير . قال (وإلا
لا يجلد حتى يبرأ) لأنه ربما أفضى إلى الهلاك وليس مشروعا ، ولهذا أمر صلى الله عليه وسلم
بحسم يد السارق ، ولهذا لا يقطع في البرد الشديد والحر الشديد . قال (والمرأة الحامل
لا تحدد حتى تضع حملها) لأنه يخاف من الحد هلاك ولدها البريء عن الجنابة . وروى أن
عمر رضي الله عنه هم برجم حامل ، فقال له علي رضي الله عنه : إن كان لك عليها
سبيل فلا سبيل لك علي ما في بطنها فحلى عنها ، فإذا ولدت (فإن كان حدّها الجلد
فحتى تتعالى من نفاسها) لأنها مريضة ضعيفة (وإن كان الرجم فعقب الولاية) لأن
التأخير كان بسبب الولد وقد انفصل عنها (وإن لم يكن للصغير من يربيّه فحتى يستغني عنها)

وَلِإِحْصَانِ الرَّجْمِ : الْحُرِّيَّةُ وَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَالْإِسْلَامُ وَالِدُخُولُ ، وَهُوَ
الإِبْلَاجُ فِي الْقَبْلِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَهُمَا بِصِفَةِ الْإِحْصَانِ .

لأن في ذلك صيانة الولد عن الهلاك . وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال للغامدية لما أقرت
بالزنا وهي حامل « اذهبي حتى تضعي ، فلما وضعت جاءت ، فقال لها : ارجعي حتى
يستغني ولدك ، فجاءت وفي يده خبز فقالت : يا رسول الله هذا ولدي قد استغني ، فأمر
بها فربحت » ويحبس المريض حتى يبرأ والحامل حتى تضع إن ثبت بالبينة مخافة أن تهرب ،
وإن ثبت بالإقرار لا يحبس لأن الرجوع عنه صحيح فلا فائدة في الحبس ، والنبي صلى الله
عليه وسلم لم يحبس الغامدية ؛ ولو قالت الزانية : أنا حبل يريها النساء ، فإن قلن هي حبل
حبسها سنتين ثم رجمها ، وهذا التقادم لا يمنع الإقامة لأنه بعذر ؛ ولو كان من عليه الحد
ضعيف الحلقة يخاف عليه الهلاك لو ضرب شديدا يضرب مقدار ما يتحملة من الضرب .
قال (وإحصان الرجم : الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والدخول ، وهو الإبللاج
في القبل في نكاح صحيح وهما بصفة الإحصان) أما الحرية فلقوله تعالى - فليبين نصف ما على
المحصنات من العذاب - أوجب عليهن عقوبة تنصف والرجم لا ينصف فلا يجب على
الإماء ، وأما العقل والبلوغ فلأنه لا خطاب بدونهما ، وأما الإسلام فلقوله صلى الله عليه
وسلم « من أشرك بالله فليس بمحصن » وما روى أنه صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين
فانما رجمهما بحكم التوراة والقصة مشهورة . وأما النكاح الصحيح والدخول فلقوله صلى الله
عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة » والبكر اسم لمن لم يتزوج ولأن به يتوصل إلى الوطء
الحلال ، وإنما يشترط الدخول لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب بالثيب جلد مائة » ورجم
بالحجارة « والثيب هو الواطئ في النكاح الحلال في القبل ، ولأن هذه نعم متوافرة متكاملة
صادة له عن الفاحشة فكانت جنايته عند وجودها متغلظة ، فإن الجناية والعصية عند تكامل
نعم المنعم أقبح وأفحش فيناسب تغليظ العقوبة في حقه . وأما كونها على صفة الإحصان
فلأن كل وطء لا يوجب إحصان أحد الواطئين لا يوجب إحصان الآخر كالمملوكين
والمجنونين . وصورته : لو تزوج بأمة أو صبية أو مجنونة أو كافرة ودخل بها لم يصير محصنا ،
وكذا لو كانت حرة عاقلة بالغة وهو عبد أو صبي أو مجنون لا يصير محصنة إلا إذا دخل
بها بعد الإسلام والعتيق والبلوغ والإفاقة ، فحينئذ يصير محصنا بهذه الإصابة لا بما قبلها ،
لأن نعم الزوجية لا تتكامل مع هؤلاء ، لأن هذه المعاني تنفر الطباع إما لعداوة الدين أو لذل
الرق أو لعدم العقل أو لنقصانه وعدم ميل الصبية إليه فلا تتغلظ جنايته . وعن أبي يوسف
أنه لا يشترط الدخول على صفة الإحصان ، وعنه أن الوطء إذا حصل قبل العتيق ثم اعتقا
صارا محصنين بالوطء الأول . والجواب عن الأول أن كل وطء لا يوجب إحصان أحدهما

وَيَقْبُذُ الْإِحْصَانَ بِالْإِقْرَارِ ، أَوْ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ مَعْرُوفٌ .

فصل

وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَإِنْ سَقَلَ وَقَالَ : عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَى حَرَامٍ ، أَوْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ وَإِنْ عَلَا أَوْ أُمَّهُ أَوْ زَوْجَتَهُ أَوْ سَيِّدَهُ أَوْ مُعْتَدَّتَهُ عَنْ ثَلَاثٍ وَقَالَ : ظَنَنْتُ أَنَّهَا حَلَالٌ لَمْ يُحَدِّثْ ، وَلَوْ قَالَ : عَلِمْتُ أَنَّهَا حَرَامٌ حَدٌّ ، وَفِي جَارِيَةِ الْآخَرِ وَالْعَمِّ يُحَدِّثُ بِكُلِّ حَالٍ ،

لا يوجب إحصان الآخر كما بينا . وعن الأخرى أن كل وطء لا يوجب الإحصان عند وجوده لا يوجبه في الثاني من الزمان كوطء المولى . وعن أبي يوسف إذا دخل بامرأته ثم جن أو صار معتوها ثم أفاق لا يكون محصنا حتى يدخل بها بعد الإفاقة ، لأن الإحصان الأول بطل فلا يثبت إحصان مستأنف إلا بدخول مستأنف . قال (ويثبت الإحصان بالإقرار) لأنه غير متهم في حق نفسه (أو بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين) لأن الإحصان ليس هلة لوجوب الرجم لأنه عبارة عن خصال حميدة وأوصاف جميلة وذلك لأثر له في العقوبة فلا يشترط لثبوته ما يشترط لوجوب الرجم ، وإنما الإحصان شرط محض (وكذلك إن كان بينهما ولد معروف) لأنه دليل ظاهر على الدخول في النكاح الصحيح وذلك يثبت به الإحصان ؛ ويكفي في الإحصان أن يقول الشهود دخل بها . وقال محمد : لا بد أن يقولوا باضعها أو جامعها ، لأن الدخول مشترك فلا يثبت الإحصان بالشك . ولهما أن الدخول متى أضيف إلى المرأة بحرف الباء لا يراد به إلا الجماع . قال تعالى - فإن لم تكونوا دخلتم بها - والمراد الجماع ، ولو دخل بامرأة ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت صار محصنا ولا تكون محصنة بالحدودها ، وكذا لو قالت بعد الطلاق : كنت نصرانية ، وقال : كانت حرة مسلمة ، وإذا كان أحدهما محصنا دون الآخر خص كل واحد بمحمد ، لأن جناية أحدهما أخف والآخر أغلظ ، فاذا اختلفا في الجناية اختلفا في موجبها ضرورة .

فصل

(ومن وطئ جارية ولده وإن سفل وقال : علمت أنها على حرام ، أو وطئ جارية أبيه وإن علَا أَوْ أُمَّهُ أَوْ زَوْجَتَهُ أَوْ سَيِّدَهُ أَوْ مُعْتَدَّتَهُ عَنْ ثَلَاثٍ وَقَالَ : ظَنَنْتُ أَنَّهَا حَلَالٌ لَمْ يُحَدِّثْ ؛ وَلَوْ قَالَ : عَلِمْتُ أَنَّهَا حَرَامٌ حَدٌّ ؛ وَفِي جَارِيَةِ الْآخِ وَالْعَمِّ يُحَدِّثُ بِكُلِّ حَالٍ) وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « ادْرَعُوا الْخُلُودَ بِالشَّبَهَاتِ » .

وَكَلَّوْا اسْتَأْجَرَ امْرَأَةً لِيَزْنِيَّ بِهَا وَزَنِيَ بِهَا ، أَوْ وَطِئْتُ أجنبيةً فيما دون الفرج ،
أو لاط فلا حدَّ عليه ويعزَّر ،

ثم الشبهة أنواع : شبهة في المحل ، وشبهة في الفعل ، وهي شبهة الاشتباه ، وشبهة في العقد .
أما الشبهة في المحل فهو أن يوطأ جارية ابنه أو عبده المسأذون المديون أو مكاتبه ، أو وطئ
البائع الجارية المبيعة يباعا فاسدا قبل القبض وبعده ، أو كان بشرط الخيار ، أو وطئ الجارية
التي جعلها صداقا قبل التسليم ، أو وطئ المبانة بالكنايات في عدتها ، أو وطئ الجارية
المشتركة فإنه لا يجب الحد في جميع هذه الصور . وإن قال : علمت أنها حرام لأن الشبهة
في الملك وهو المحل موجودة سواء علم بالتحريم أو لم يعلم . وأما شبهة الفعل ففيها إذا وطئ
جارية أبيه أو أمه أو جارية زوجته والمطلقة ثلاثا أو على مال في العدة أو أم ولد بعد
العتق في العدة أو جارية مولاه ، والمرتهن يوطأ جارية الرهن في إحدى الروايتين ، وفي رواية
يجب الحد ، فإن قال ظننت أنها حلال لاحد عليه ، وإن قال : علمت أنها حرام حد لأنه
ظن أن الفعل مباح له كما يباح له الانتفاع بماله ، أو له نوع حق في المحل ببقاء العدة
فظن أن ذلك يبيع وطأها فكان ظنه مستندا إلى دليل فكان شبهة في درء الحد إذا ادعى
الحل ، وبدون الدعوى انعدمت الشبهة ولا يثبت النسب وإن ادعاه لأنه زنا محض ، لأن
سقوط الحد لاشتباه الأمر عليه للشبهة في نفس الأمر ، فإن حضرا فقال أحدهما : ظننت
أنه حلال لاحد على واحد منهما حتى يقرأ جميعا بالحرمة ، لأن أحدهما إذا ادعى الشبهة خرج
فعله عن أن يكون زنا فخرج فعل الآخر فسقط الحد عنهما ، وأو وطئ الجارية المستأجرة
أو المستعارة أو جارية أخيه أو عمه أو ذى رحم محرم غير الولاد حد في الوجهين جميعا لأنه
لم يستند ظنه إلى شبهة صحيحة لأنه لا يحل له الانتفاع بمال هؤلاء ، وملك المنفعة لا يكون سببا
لملك المتعة بحال . وأما شبهة العقد بأن وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو أمة بغير إذن مولاه
أو تزوج العبد بغير إذن مولاه ، أو أمة على حره لاحد عليه ؛ ولو تزوج مجوسية أو خمسة
في عقدة ، أو جمع بين أختين أو تزوج بمحارمه فوطئها فإنه لا يحد عند أبي حنيفة رحمه
الله ، وإن قال علمت أنها على حرام . وعندهما يحد إذا كان عالما بالحرمة لأنه عقد
لم يصادف محله ، لأن محله ما يثبت فيه حكمه . وحكمه الحل وهو غير ثابت بالإجماع فصار
كإضافة العقد إلى الذكر . ولأبي حنيفة أنه عقد صادف محله ، لأن محله ما هو صالح
لحصول المقصود ، والمقصود من النكاح التوالد والتناسل والأنثى من الآدميات قابلة لذلك ،
وقضيته ثبوت الحل أيضا إلا أنه تقاعد عنه فأورث شبهة وأنها تكفي إسقاط الحد إلا أنه
يجب عليه التعزير ويوجع عقوبة لأنه ارتكب جنایة ليس فيها حد مقدرفيعزر . قال (ولو
استأجر امرأة ليزني بها وزني بها أو وطئ أجنبية فيما دون الفرج ، أو لاط فلاحد عليه ويعزَّر

وَوَاطِئُ الْبَهِيمَةِ يَعْزَرُ ، وَلَوْ زَنَى بِصَبِيَّةٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ حَدٌّ ، وَلَوْ طَاوَعَتِ الْعَاقِلَةُ الْبَالِغَةَ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا لَا يُحَدُّ . وَأَكْثَرُ التَّعْزِيرِ تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ سَوَاطِ ، وَأَقْلَهُ ثَلَاثَةٌ ، وَالتَّعْزِيرُ أَشَدُّ الضَّرْبِ ، ثُمَّ حَدُّ الزَّانَا ، ثُمَّ حَدُّ الشَّرْبِ ، ثُمَّ حَدُّ الْقَذْفِ .

الولاية ، لأنه إذا لم ينعقد موجبا لا ينقلب موجبا ، حتى لو غزا الإمام أو من له ولاية الإقامة فإنه يقيم الحد عليهم لأنهم تحت ولايته . قال (وواطئ البهيمة يعزر) لأنه ليس بزنا ولا معناه فلا يجب الحد فيعزر لما بيننا . وذكر ابن سماعه عن أصحابنا رحمهم الله أن كل ما لا يؤكل لحمه يحرق بالنار ، لما روى أبو يوسف بإسناده إلى عمر رضى الله عنه أنه أتى برجل وقع على بهيمة فعزره وأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار ، وإن كان مما يؤكل تذبح وتؤكل ولا تحرق ، وقالوا : يحرق أيضا هذا إذا كانت البهيمة للفاعل ، فإن كانت لغيره يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها ثم يذبحها ، وهذا إنما يعرف سماعا لا قياسا . قال (ولو زنى بصبيبة أو مجنونة حد) خاصة (ولو طاوعت العاقلة البالغة صبيبا أو مجنونا لا يحد) والفرق أن الحد يجب على الرجل بفعل الزنا ، وعلى المرأة بالتمكين من الزنا ، والمأخوذ في حد الزنا الحرمة المحضة . وذلك غير موجود في فعل الصبي لعدم المخاطبة نحوه ، فلا يكون فعلها تمكينا من الزنا فلا يجب الحد ، وفعل العاقل البالغ تمحض حراما فوجب عليه الحد ، ولم يجب على الصبيبة والمجنونة لعدم التكليف ، قال (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا ، وأقله ثلاثة) وقيل ما يراه الإمام ، وقيل بقدر الجناية ، والأصل أن يعزره بما ينزجر به في أكبر رأيه لاختلاف طباع الناس في ذلك ، وإن رأى الإمام أن يضم الحبس إلى التعزير فعل ، لأنه يصلح زاجرا حتى يكتفى به وقد ورد الشرع به . وقال أبو يوسف : أكثره خمسة وسبعون سوطا ، وفي رواية تسعة وسبعون ، والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » فهما اعتبرا أدنى الحد ، وهو حد العبد في الشرب والقذف وهو أربعون فنقصا منه سوطا ، وأبو يوسف اعتبر الأقل من حد الأحرار وهو ثمانون فنقص عنه خمسة في رواية ، وهو مأثور عن علي رضى الله عنه ، وفي رواية سوطا ، وهو قول زفر ، وهو القياس ، لأنه نقصان حقيقة ، وتعزير العبد أكثره خمسة وثلاثون عند أبي يوسف فلا يبلغ في تعزيره حد العبد ، ولا في تعزير الحر حد الأحرار . قال (والتعزير أشد الضرب) لأنه خفف من جهة العدد فيثقل من جهة الوصف كيلا يفوت المقصود وهو الانزجار ، ولهذا قلنا لا يفرق على الأعضاء . قال (ثم حد الزنا) لأنه ثبت بدليل مقطوع به وهو الكتاب ، ولأنه أعظم جريمة حتى وجب فيه الرجم . قال (ثم حد الشرب) لأن سببه متيقن به . قال (ثم حد القذف) لأن سببه

باب حد القذف

وَهُوَ ثَمَانُونَ سَوْطًا لِلْحُرِّ وَأَرْبَعُونَ لِلْعَبْدِ ، وَيَجِبُ بِقَذْفِ الْمُحْصَنِ بِصَرِيحِ الزَّنا ، وَتَجِبُ إِقَامَتُهُ بِطَلَبِ الْمُقْذُوفِ ، وَيُفَرَّقُ عَلَيْهِ وَلَا يُتْرَعُ عَنْهُ إِلَّا الْفَرْوُ وَالْحَشْوُ ، وَيَثْبُتُ بِاِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً ، وَبِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ، وَلَا يَبْطُلُ بِالتَّقَادُمِ وَالرَّجُوعِ . وَإِحْصَانُ الْقَذْفِ : الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ وَالْعِفَّةُ عَنِ الزَّنا ؛

محتمل ، لأنه يحتمل صدق القاذف ، والله أعلم .

باب حد القذف

القذف في اللغة : الرمي مطلقا ، ومنه القذافة والقذيفة : للمقلع الذي يرمى به ، وقولهم بين قاذف . حاذف : أى رام بالحصى وحاذف بالعصى ، والقاذف : الرامى ، ومنه الحديث « كان عند عائشة رضى الله عنها قينتان تغنيان بما تقاذف فيه الأنصار من الأشعار يوم بغاث » أى تشامت ، وفيه معنى الرمي ، لأن الشتم رمى بما يعيبه ويشينه ، وهو في الشرع : رمى مخصوص ، وهو الرمي بالزنا ، ومنه الحديث : إن هلال بن أمية قذف زوجته : أى رماها بالزنى وقد تكرر في الحديث وفيه الحد (وهو ثمانون سوطا للحر ، وأربعون للعبد ؛ ويجب بقذف المحصن بصريح الزنا) لقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة - . والمراد بالرمي القذف بالزنا إجماعا ، ويتنصف في العبد لما مر (وتجب لإقامته بطلب المقلدوف) لما فيه من حقه وهو دفع العار عنه ؛ وصريح الزنا قوله : يا زانى أو زنيت ، أو يا ابن الزانية ؛ ولو قال : يا ابن الزنى فهو قذف معناه : أنت متولد من الزنا ، ويجب الحد بأى أسان قذفه ، ويجب عند عجز القاذف عن إقامة أربعة شهود على صدق مقالته فيضرب ثمانين وتردّ شهادته أبدا لما تلونا من صريح النص . قال (ويفرق عليه) لما مرّ في الزنا (ولا ينزع عنه إلا الفرو والحشو) لأن سببه غير مقطوع به ، وإنما ينزع عنه الفرو والحشو لأنه يمنع إيصال الألم إليه . قال (ويثبت باقراره مَرَّةً واحدة وبشهادة رجلين) كما في سائر الحقوق على مامرّ في الشهادات (ولا يبطل بالتقادم والرجوع) لتعلق نخب العبد به لما مرّ في حد الزنا . قال (وإحصان القذف : العقل والبلوغ والحرية والإسلام والعفة عن الزنا) أما الحرية والإسلام فلما مرّ في حدّ الزنا ، وأما العقل والبلوغ فلا لأن الصبيّ والمجنون لا يلحقهما العار لعدم تحقق فعل الزنا منهما ، وأما العفة فلا لأن غير العفيف لا يلحقه العار ، ولأن حدّ القذف يجب جزاء

زَمَنْ قَالَ لَغَيْرِهِ : يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ ، أَوْ لَسْتَ لِأَبِيكَ حَدٌّ ، وَلَا يُطَالِبُ
بِقَذْفِ الْمَيْتِ إِلَّا مَنْ يَقَعُ الْقَدْحُ بِقَذْفِهِ فِي نَسَبِهِ ؛ وَلَيْسَ لِلْإِبْنِ وَالْعَبْدِ
أَنْ يُطَالِبَ أَبَاهُ أَوْ سَيِّدَهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ . وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ
مَلِكِهِ وَالْمُلَاعِنَةِ بَوْلَدٍ لَا يَحْدُ قَاذِفُهُمَا ، وَإِنْ لَاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلَدٍ حَدٌّ ،

على الكذب والقاذف لغير العفيف صادق . قال (ومن قال لغيره : يا ابن الزانية ، أو لست
لأبيك حد) لأنه صريح في القذف ، لأن قوله لست لأبيك كقوله يا ابن الزانية ، ولو نفاه
عن جده أو نسبه إليه أو إلى خاله أو عمه أو زوج أمه ، أو قال يا ابن ماء السماء لم يحد ،
لأن نفيه عن جده صدق ونسبته إليه وإلى هؤلاء مجاز عادة وشرعا . قال الله تعالى - وإله
آبائكم إبراهيم وإسماعيل - وإبراهيم جده وإسماعيل عمه ، وقوله يا ابن ماء السماء يراد به
التشبيه في السباحة والصفاء وطهارة الأصل ، حتى لو كان رجلا اسمه ماء السماء وأراد
نسبته إليه فهو قذف ؛ ومن قال لغيره : لست بابن فلان ، إن كان في حالة الغضب حد
لأنه يراد به السب ، وإن لم يكن في حالة الغضب لا يحد ، لأنه يراد به المعاتبة عادة لنفي
شبهه لأبيه في الكرم والمروعة ؛ ولو قال لامرأة : زنت بجمار أو بثور لا يحد ؛ ولو قال :
زنت بلراهم وبثوب أو بناقة حد ، لأن معناه زنت وأخذت هذا ، وفي الرجل لا يحد
في جميع ذلك لأن الرجل لا يأخذ المسال على الزنا عرفا ، ولو قال لأجنبية : يا زانية ،
فقال : زنت بك لا يحد الرجل لتصديقها وتحذ المرأة لقذفها الرجل . قال (ولا يطالب
بقذف الميت إلا من يقع القدح بقذفه في نسبه) لأن العار يلحقهم للجزئية ، ويحد بقذف
أصوله دون فروعه فيثبت للولد وولد الولد وإن كان كافرا أو عبدا ، لأن الشرط لإحصان
الذي ينسب إلى الزنا حتى يقع تعبيراً كاملاً ثم يرجع هذا التعبير إلى ولده ، والرق والكفر
لا ينافيان أهلية الاستحقاق ، بخلاف ما إذا وقع القذف ابتداء للكافر والعبد ، لأنه لم يوجد
التعريف كاملاً على ما بينا . وعن محمد ليس لولد البنت طلب الحد بقذف جده أبي أمه ،
لأن نسبته إلى غيره ، وجوابه أن العار يلحقه كما يلحق ولد الابن فكانوا سواء . ومن
قذف امرأة ميتة فصدقه بعض الورثة يحد للباقيين ، لأن قذف الأم تناول الكل فكان
بمنزلة ما لو قذف الكل فصدقه البعض دون البعض فانه يحد لمن لم يصدقه . قال (وليس
للابن والعبد أن يطالب أباه أو سيده بقذف أمه الحرة) لأن الأب لا يعاقب بسبب ابنه ولا
السيد بسبب عبده حتى لا يقتلان بهما . قال (ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه والملاعنة
بولد لا يحد قاذفهما) لفوات العفة ، وكذا إذا قذف امرأة معها أولاد لا يعرف لهم أب .
لأن ذلك أمانة الزنا (وإن لاعنت بغير ولد حد) لعدم أمانة الزنا .

اعلم أنه إن وطئ وطئا حراما فلا يخلو إما إن كان حراما لعينه أو لغيره ؛ أما إن كان

وَالْمُسْتَأْمَنُ يُجَدُّ بِالْقَذْفِ ، وَإِذَا مَاتَ الْمُقْدُوفُ بَطَلَ الْحَدُّ ، وَلَا يُورَثُ ،
وَلَا يَصِحُّ الْعَفْوُ عَنْهُ وَلَا الْإِعْتِيَاظُ .

حراما لعينه سقط إحصانه لأنه زنا ولا يجدد قاذفه ، وإن كان حراما لغيره لا يسقط إحصانه
ويجدد قاذفه لأنه ليس بزنا ، فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه
وكذا الوطء في ملكه والحرمة مؤبدة ، وإن كانت مؤقتة فالحرمة لغيره . وعند أبي حنيفة
يشترط للحرمة المؤبدة الإجماع أو الحديث المشهور . بيان ذلك في صور المسائل وهي :
الوطء بالنكاح الفاسد والأمة المستحقة والإكراه على الزنا والمجنون والمطاوعة والحرمة
بالمصاهرة بالوطء ووطء الأب جارية ابنه ، ففي هذه المسائل يسقط الإحصان ولا يجدد
قاذفه لأنه حرام لعينه وإن لم يأنم إما للجهل أو للإكراه ، بخلاف ثبوت المصاهرة بالتقبيل
والمس لأن كثيرا من الفقهاء لا يرون ذلك محرما ، ولا نص في إثبات الحرمة ، بل هو نوع
احتياط لإقامة السبب مقام المسبب فلا يسقط الإحصان الثابت بيقين بالشك . وذكر
في المحيط عن أبي يوسف ومحمد يسقط إحصانه لأنها حرمة مؤبدة عندهما ، وجوابه ما مر
بخلاف الوطء لأن فيه نصا ، وهو قوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبواكم من النساء إلا
ما قد سلف - وقد قام الدليل على أن النكاح حقيقة في الوطء ولا اعتبار للاختلاف مع
صريح النص . وأما الحرمة المؤبدة في الملك الأخت من الرضاع والجارية المشتركة فإنما
يسقط الإحصان لأنه ينافي ملك المتعة فيكون الوطء واقعا في غير الملك فيصير له شبه بالزنا .
والحرمة المؤقتة كالمجوسية والحائض والمظاهر منها والحرمة باليمين والأمة المنكوحة والمعتدة
من غيره ووطء الأختين بملك اليمين والمكاتب والمشتراة شراء فاسدا فلا يسقط الإحصان ،
لأن مع قيام الملك في المحل لا يكون الفعل زنا ولا في معناه والحرمة على شرف الزوال .
ومن قذف كافرا زنى في حالة الكفر لا يجدد لأن زناه في الكفر حرام ، ولو قذف مكاتبا
مات عن وفاء لا يجدد لوقوع الاختلاف في حرمة ، ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه ودخل
عليها ثم أسلم حد عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على أن له حكم الصحة عنده خلافا لهما وقد
مر في النكاح . قال (والمستأمن يجدد بالقذف) لما فيه من حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق
العباد . وكان أبو حنيفة يقول أولا : لا يجدد لغلبة حق الله تعالى واختار الأول ، ولا يجدد
في الخمر بالإجماع لأنه يرى حله . وأما حد الزنا والسرقه ، قال أبو يوسف : يجدد فيهما
كالدمي ، ولهذا يقتصر منه بالإجماع ولا يجدد فيهما عندهما لأنه لا يلزمه إلا ما التزم وهو إنما
الترم حقوق العباد ضرورة التمكن من المعاوضات والرجوع إلى بلده ، ولم يلتزم حقوق الله
تعالى ، بخلاف القصاص فانه حق العباد . قال (وإذا مات المقذوف بطل الحد) ولو مات
بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي (ولا يورث ، ولا يصح العفو عنه ولا الاعتياض)

وَمَنْ قَالَ لِلْمُسْلِمِ : يَا فَاسِقُ ، أَوْ يَا خَبِيثُ ، أَوْ يَا كَافِرُ ، أَوْ يَا سَارِقُ ، أَوْ يَا مُخَنَّثُ عَزْرَ ؛ وَكَذَلِكَ يَا حَمَارُ يَا خَنْزِيرُ إِنْ كَانَ فَقِيهَا أَوْ عَلَوِيًّا . وَمَنْ حَدَّثَهُ الْإِمَامُ أَوْ عَزْرَهُ فَهَاتَ فَهُوَ هَدَرٌ . وَلِلزَّوْجِ أَنْ يُعَزِّرَ زَوْجَتَهُ عَلَى تَرْكِ الزَّيْنَةِ ، وَتَرْكِ إِجَابَتِهِ إِلَى فِرَاشِهِ ، وَتَرْكِ غَسْلِ الْحَنَابَةِ ، وَعَلَى الْخُرُوجِ مِنَ الْمَنْزِلِ ، وَمَنْ سَرَقَ ، أَوْ زَنَى ، أَوْ شَرِبَ غَيْرَ مَرَّةٍ فَحَدَّ فَهُوَ لِلْكَلِّ .

ولذلك يجرى فيه التداخل ، وهذا بناء على أن الغالب فيه حق الشرع ، ولا خلاف أن فيه حق العبد والشرع ، لأنه شرع لدفع العار عن المقلد وهو المنتفع به وفيه معنى الزجر ولأجله يسمى حداً ، والمراد بالزجر إخلاء العالم عن الفساد ، وهذا آية حق الشرع ، ثم اختلفوا في الغالب فيهما ، فأصحابنا غلبوا حق الشرع ، لأن حق العبد يتولاه مولاه فيصير حق العبد مستوفى ضمناً لحق المولى ، ولا كذلك بالعكس ، إذ لا ولاية للعبد على استيفاء حق الشرع إلا بطريق النيابة .

فصل

(ومن قال لمسلم : يا فاسق ، أو يا خبيث ، أو يا كافر ، أو يا سارق ، أو يا مخنث عزراً) : لأنه آذاه بذلك وألحق به الشين ، والحدود لا تثبت قياساً فوجب التعزير لينزجر عن ذلك ويعتبر غيره . وفي المجرّد عن أبي حنيفة : يا شارب الخمر ، يا خائن يعزّر ؛ وكذلك لو قال : أنت تأوى للصبّ ، أو تأوى الزواني لما بينا (وكذلك يا حمار يا خنزير إن كان فقيهاً أو علواً) وكذلك يا ثور يا كلب لأنه يلحقه بذلك الأذى دون الجاهل العاقل . وقيل : يعزّر في حق الكل في عرفنا لأنهم صاروا يعدونه سباً . وقيل لا يعزّر في حق الكل لأننا تيقنا بنفيه فما لحقه به شين ، وإنما لحق القاذف شين الكذب ، ولأنه إنما يشبه بهذه الأشياء لسوء خلقه أو قبح خلقه وليس ذلك بمعصية . رجل زنا بامرأة ميتة يعزّر . قال (ومن حدّ الإمام أو عزّره فمات فهو هدر) لأنه مأمور من جهة الشرع فلا يتقيد بالسلامة كالقصاد ، أو نقول : استوفى حق الله تعالى بأمره فكأن الله تعالى أماته بغير واسطة فلا يجب الضمان . قال (وللزوج أن يعزّر زوجته على ترك الزينة) إذا أرادها (وترك إجابهته إلى فراشه ، وترك غسل الحنابة ، وعلى الخروج من المنزل) لأنه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى فتعزّر على المخالفة . قال (ومن سرق ، أو زنى ، أو شرب غير مرة فحدّ فهو للكل) لأن المقصود الانزجار وأنه يَحْتَمِلُ حصوله بالأوّل فيتمكن في الثاني شبهة عدم المقصود فلا يجب ؛ أما لو زنى وشرب وسرق فانه يجب لكل واحد حدّ على حدة ، لأنه لو ضرب لأحدها ربما اعتقد أنه لا حدّ في الباقي فلا ينزجر عنها ، ولا كذلك إذا اتحدت الحنابة ؛

باب حد الشرب

وَهُوَ كَحَدِّ الزَّانَا كَيْفِيَّةً ، وَحَدِّ الْقَذْفِ كَمِّيَّةً وَتُبُّوتًا ، غَيْرَ أَنَّهُ يُبْطَلُ بِالرَّجُوعِ وَالتَّقَادُّمِ فِي الْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ ، وَالتَّقَادُّمُ بِذَهَابِ السُّكْرِ وَالرَّائِحَةِ ،

ولو أقيم على القاذف تسعة وسبعون سوطاً فقفذ آخر لم يضرب إلا ذلك السوط للتداخل ، فانه مما يتداخل لغلبة حق الشرع ، ولأن المقصود إظهار كذبه ليندفع به العار عن المَقْذُوف ، وذلك يحصل في حقهما بالسوط الواحد . وإذا اجتمع حد الزنا والسرقة والشرب والقذف وفقء العين ، يبدأ بالفقء لكونه خالص حق العبد ، وحق العبد مقدم لحاجته واستغناء الله تعالى ، ويحبس حتى يبرأ ، فإذا برأ يحد للقذف لما فيه من حق العبد ، ويحبس حتى يبرأ ، لأنه لو جمع بين حدين ربما تلف ، والتلف ليس بواجب ؛ فإذا برأ فلإمام إن شاء بدأ بالقطف ، وإن شاء يحد الزنا لاستوائهما في الثبوت ، وآخرها حد الشرب لأنه ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فكان دون ما ثبت بالكتاب ؛ وإن كان محصناً بدأ بالفقء ، ثم حد القذف ، ثم الرجم ، ويسقط الباقي لأن القتل يأتي على النفس فيؤدى إلى إسقاط بعض الحدود وقد أمرنا بذلك ، وإن كان مع ذلك قتل ضرب للقذف ثم يضمن بالسرقة ثم قتل وسقط عنه الباقي ، نقل ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم .

باب حد الشرب

الأصل في وجوبه قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه » (وهو كحد الزنا كيفية ، وحد القذف كمية وثبوتاً) فيجرد من ثيابه كما في حد الزنا ، ويفرق على أعضائه لما مر . وعن محمد أنه لا يجرد تخفيفاً عن حد الزنا . قلنا : ثبت التخفيف في العدد فلا يخفف ثانياً ، وعدده ثمانون سوطاً في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وأربعون في العبد لأن الرق منصف ، ويثبت باقراره مرة واحدة وبشهادة رجلين كحد القذف (غير أنه يبطل بالرجوع والتقدم في البينة والإقرار) وعن أبي يوسف يشترط الإقرار مرتين على ما يأتي في السرقة . قال (والتقدم بذهاب السكر والرائحة) فلو أقر بعد ذهاب ريحها أو شهد عليه بعد السكر وذهاب الرائحة لم يحد . وقال محمد : يحد فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالإجماع ، غير أن محمداً قدره بالزمان كالزنا ، لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة مشتبهة ، وعندهما مقدار بزوال الرائحة ، لأن حد الشرب إنما ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولا إجماع بلون رأى ابن مسعود رضي الله عنه ،

فَلَوْ أَخَذَ وَرِيحُهَا تَوَجَّدَ مِنْهُ فَلَمَّا وَصَلَ إِلَى الْإِمَامِ انْقَطَعَتْ لِبُعْدِ الْمَسَافَةِ حَدٌّ ، وَيُحَدُّ بِشَرْبِ قَطْرَةٍ مِنَ الْخَمْرِ ، وَبِالسُّكْرِ مِنَ النَّبِيدِ ؛ وَالسُّكْرَانُ مَنْ لَا يَعْرِفُ الرَّجُلَ مِنَ الْمَرْأَةِ ، وَالْأَرْضَ مِنَ السَّمَاءِ ؛ وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ النَّبِيدِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا ، وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ ، وَلَا يُحَدُّ مَنْ وَجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الْخَمْرِ أَوْ تَقْيَّاهَا .

فانه شرط وجود الرائحة ، لما روى أن رجلا جاء باين أخ له إلى عبد الله بن مسعود فاعترف عند بشرب الخمر ، فقال له ابن مسعود : بئس ولى اليتيم أنت لأدبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ؟ تتلوه (١) ومزمزوه (٢) ثم استنكهوه (٣) ، فان وجدت رائحة الخمر فاجلدوه ، شرط وجود الرائحة فيكون شرطا (فلو أخذ وريحها توجد منه فلما وصل إلى الإمام انقطعت لبعد المسافة حد) في قولهم جميعا لأنه عذر فلا يعد تقادما كما قلنا في حد الزنا ، ولا يحّد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب فتمكنت الشبهة ، ويسقط بخلاف حدّ القذف لأن فيه حقّ العبد ، والسكران فيه كالمصاحي كسائر تصرفاته عقوبة له . قال (ويحدّ بشرب قطرة من الخمر ، وبالسكر من النبيذ) لقوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب » ولإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه » وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم (والسكران من لا يعرف الرجل من المرأة والأرض من السماء) وقالوا : هو الذى يخلط كلامه ويهذى لأنه المتعارف بين الناس وهو اختيار أكثر المشايخ ، وأبو حنيفة يأخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءا للحدّ ، وأقصاه الغلبة على العقل حتى لا يميز بين الأشياء ، لأنه متى ميز فذلك دلالة الصحو أو بعضه وأنه ضد السكر ، فتنى ثبت أحدهما أو شيء منه لا يثبت الآخر (ولا يحّد حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا) لأن السكر يكون من المباحات كالبنج ولبن الرماك وغيرها وذلك لا يوجب الحدّ ، وكذلك الشرب مكرها لا يوجب الحدّ فلذلك شرط ذلك . قال (ولا يحّد حتى يزول عنه السكر) ليتألم بالضرب فيحصل مصلحة الزجر . قال (ولا يحّد من وجد منه رائحة الخمر أو تقياها) لأن الرائحة مشبهة واحتمال أنه شربها مكرها ثابت والحدود لا تجب بالشك ، والله أعلم .

(١) قوله تتلوه ، وفي رواية أخرى تترتوه بالراء . والثلاثة والترترة : التحريك .

(٢) المزمزة : التحريك بعنف .

(٣) قال في مختار الصحاح : واستنكهه فنكه في وجهه من ياب ضرب وقطع : إذا أمره بأن ينكه ليعلم أشارب هو أم لا .

كتاب الأشربة

المُحَرَّمُ مِنْهَا الْخَمْرُ وَهِيَ النَّيْءُ مِنْ مَاءِ الْعِنَبِ إِذَا غَلَا وَاشْتَدَّ وَقَدْ قَفَ بِالزَّبْدِ . الثَّانِي الْعَصِيرُ إِذَا طُبِخَ فَذَهَبَ أَقْلُ مِنْ ثُلُثِهِ وَهُوَ الطَّلَاءُ ، وَإِنْ ذَهَبَ نِصْفُهُ فَالْمُنْصَفُ . الثَّالِثُ السَّكْرُ ، وَهُوَ النَّيْءُ مِنْ مَاءِ الرُّطْبِ إِذَا غَلَا كَذَلِكَ .

كتاب الأشربة

وهي جمع شراب ، وهو كل مائع رقيق يشرب ولا يتأتى فيه المضغ محرماً كان أو حلالاً ، وهي تستخرج من العنب والزبيب والتمر والحبوب ، ومنها حرام ومنها حلال ، (فالمرحوم منها الخمر ، وهي النّيء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد) وعندهما لا يشترط القذف بالزبد لأنه يسمى خمرًا بدونه ، ولأن المؤثر في فساد العقل وتغطيته هو الاشتداد . ولأبي حنيفة أن السكون أصل في العصير ، وما بقي شيء من آثاره فالحكم له ، وأحكام الشرع قطعية فلا يحكم بكونه خمرًا مع وجود شيء من آثار العصير للمغايرة بينهما ، ولأن الثابت لا يزول إلا بيقين ، فما بقي شيء من آثار العصير لا يتيقن بالحمية . وأما حرمتها فبالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى - إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس - والرجس : الحرام لعينه . والسنة قوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها » وقد تواتر تحريمها عن النبي صلى الله عليه وسلم وعليه إجماع الأمة ، ويتعلق بها أحكام أخرى : منها أنه يكفر مستحلها لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به ، ومنها أن نجاستها مغلفة لثبوتها بالدليل القطعي ، ومنها أنها لا قيمة لها في حق المسلم حتى لا يجوز بيعها ولا يضمن غاصبها ولا متلفها لأن ذلك دليل عزتها ، وتحريمها دليل لإهانتها . وقال صلى الله عليه وسلم « إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها » ومنها حرمة الانتفاع بها لنجاستها ، ولأن في الانتفاع بها تقريبها ، والله تعالى يقول - فاجتنبوه - ، ومنها أنه يحذر بشرب القليل منها على ما بينا في بابها ، ومنها أن الطبخ لا يحلها ، لأن الطبخ في العصير يمنع الحرمة ولا يرفعها . ومنها جواز تخليلها على ما يأتي إن شاء الله تعالى . (الثاني العصير إذا طبخ فذهب أقل من ثلثه وهو الطلاء) وقيل إذا ذهب ثلثه فهو الطلاء (وإن ذهب نصفه فالمنتصف) وإن طبخ أدنى طبخة فالبادق والكل حرام إذا غلا واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف لأنه رقيق لذيد مطرب يجتمع الفساق عليه فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به من الفساد . (الثالث السكر ، وهو النّيء من ماء الرطب إذا غلا كذلك) قال صلى الله عليه وسلم « الخمر من

وإذا خرج عبيدُهم إلينا مسلمين فهم أحرار ، وكذلك إن ظهرنا عليهم وقد أسلموا . وإذا اشترى المستأمن عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عليه (سم) ؛ وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان لا يتعرض لشيء من دماءهم وأموالهم ، فإن أخذ شيئا وأخرجه تصدق به .

من دارنا زالت يد المولى عنه وظهرت يده على نفسه ، لأن سقوط يده باعتبار يد المولى ليتمكن من الانتفاع به فصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك فلا يثبت لهم فيه ملك ، وبعد ذلك إن ظهرنا عليهم أخذنا المالك القديم قبل القسمة وبعدها ، ويؤدى عوضه من بيت المال لتعذر إعادة القسمة بعد تفريق الغانمين ، ولا جعل على المالك لأن الغانم إنما عمل لنفسه لأنه يزعمه ملكه ، وكذلك إن كان مشترى أو موهوبا يأخذه بغير شيء لأنه لم يملكه فلم يصح تصرفه فيه . قال (وإذا خرج عبيدُهم إلينا مسلمين فهم أحرار ، وكذلك إن ظهرنا عليهم وقد أسلموا) لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بعتق عبيد خرجوا من الطائف وقد أسلموا وقال « هم عتقاء الله » ولأنه أحرز نفسه بالتحاقه بمنعة المسلمين ويده أسبق من يد المسلمين فكانت أولى . قال (وإذا اشترى المستأمن عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عليه) وقالوا : لا يعتق لأنه يجب عليه إزالته عن ملكه بأن يجبر على ذلك ولا جبر فبقى على حاله . ولأبي حنيفة أن خلاص المسلم عن رق الكافر واجب ما أمكن ، وقد تعذر جبره على ذلك ، فأقمنا تباين الدارين مقام الإعتاق ، كما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب أقمنا مضي ثلاث حيض مقام التفريق . قال (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان لا يتعرض لشيء من دماءهم وأموالهم) لأن فيه غلرا بهم وأنه منهي عنه (فإن أخذ شيئا وأخرجه تصدق به) لأنه ملكه بأمر محظور وهو الغلر والخيانة وسيله التصديق به لأنه ملك خبيث ، بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن ، ولم يلتزم ترك التعرض لهم فيباح له التعرض وإن أطلقوه . ولو دخل مسلم دار الحرب فأدانه حربى أو أدا ن حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج المسلم أو استأمن الحربى لم يقض بينهما بشيء من ذلك . أما الغصب فلأنه صار ملكا للذى أخذه لاستيلائه على مال مباح . وأما المدابنة فلأنه لا ولاية لنا عليها وقت الإدانة والقضاء يعتمد الولاية ، ولا على المستأمن وقت القضاء لأنه ما التزم أحكامنا في الماضي ، وكذلك الحربيان إذا فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما بينا ، ولو خرجا مسلمين قضى بينهما بالديون دون الغصب لاسم ، أما الغصب لما مر ، وأما الذين غلقوه صحبنا عن تراض ، والولاية ثابتة لالتزامهما أحكامنا وقتئذ .

وَجَزِيَّةٌ يَضَعُهَا الْإِمَامُ إِذَا غَلَبَ الْكُفَّارَ وَأَقْرَهُمْ عَلَى مِلْكِهِمْ ، فَيَضَعُ عَلَى الظَّاهِرِ الْغَنَى فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا ، وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا ، وَعَلَى الْفَقِيرِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا ، وَتَجِبُ فِي أَوَّلِ الْحَوْلِ وَتُؤْخَذُ فِي كُلِّ شَهْرٍ بِقِسْطِهِ ، وَتُوضَعُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِ وَعِبْدَةِ الْأَوْتَانِ مِنَ الْعَجَمِ ، وَلَا يَحْجُوزُ مِنَ الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ ،

على ألف ومائتي حلة وكانت جزية بالصلح (وجزية يضعها الإمام إذا غلب الكفار وأقرهم على ملكهم ، فيضع على الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير اثني عشر درهما ، وتجب في أول الحول ، وتؤخذ في كل شهر بقسطه) هكذا روى عن عمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم من غير تكبر من غيرهم فكان إجماعا ، وما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ « خذ من كل حالم وحاملة ديناراً أو عدله معافى » فهو محمول على الصلح ، ألا ترى أنه قال وحاملة ، ولا جزية على النساء إلا في المصالحة كما صالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على ما قررناه في الزكاة .

واختلفوا في حد الغنى والمتوسط والفقير ، والمختار أن ينظر في كل بلد إلى حال أهله وما يعتبرونه في ذلك ، فإن عادة البلاد في ذلك مختلفة ، وإنما قلنا إنها تجب في أول الحول لأنها وجبت لإسقاط القتل فتجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ، ولأن المعوض قد سلم لهم فوجب أن يستحق العوض عليهم كالثمن وقسطناها على الأشهر تخفيفاً وليمكنه الأداء . قال (وتوضع على أهل الكتاب والمجوس وعبد الأوثان من العجم) أما أهل الكتاب فلقلوله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله - إلى أن قال - من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد - . وأما المجوس فلما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : ما أصنع بهم ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف : سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » فوضع عليهم الجزية . وأما عبدة الأوثان من العجم فلأنه يجوز استرقاقهم فيجوز أخذ الجزية من رجالهم كالكتاب والمجوسى ، أو لأنه لما جاز إبقاؤهم على الكفر بأحد الشيتين وهو الرق جاز بالآخر وهو الجزية (ولا يجوز) أخذها من عبدة الأوثان (من العرب و) لامن (المرتدين) لأنه لا يجوز إبقاؤهم على الكفر بالرق فكذا بالجزية ، لأن كفرهم أقيح وأغلظ . أما العرب فانهم بالغوا في أذاه صلى الله عليه وسلم بالكذب وإخراجه من وطنه ، فتغلظت عقوبتهم فلا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف . وقال عليه الصلاة والسلام يوم حنين « لو كان يجرى على عربى رق لكان اليوم ، وإنما الإسلام أو السيف » . وأما المرتد فلأنه كفر

ولا جِزِيَّةَ عَلَى صَبِيٍّ ، ولا امْرَأَةٍ ، ولا مَجْنُونٍ ، ولا عَبْدٍ ، ولا مَكَاتِبٍ ،
ولا زَمِينَ ، ولا أَعْمَى ، ولا مُقْعَدٍ ، ولا شَيْخٍ كَبِيرٍ ، ولا الرَّهَابِينَ الْمُتَعَزِّلِينَ ،
ولا فَاقِرٍ غَيْرَ مُعْتَمِلٍ ، وَتَسْقُطُ بِالْمَوْتِ وَالْإِسْلَامِ ،

بعد إسلامه وإطلاعه على محاسن الإسلام . وقال عليه الصلاة والسلام « من بدل دينه
فاقتلوه » ويسترق نساء العرب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم استرقهم كما استرق أهل
الكتاب ، ولا يجبرون على الإسلام . وأما المرتدة فتجبر على ما يأتي إن شاء الله تعالى .
قال (ولا جزية على صبي ، ولا امرأة ، ولا مجنون ، ولا عبد ، ولا مكاتب ، ولا زمن ،
ولا أعمى ، ولا مقعد ، ولا شيخ كبير) وأصله أن الجزية شرعت جزاء عن الكفر وحملها
على الإسلام فتجبر مجرى القتل ، فمن لا يعاقب بالقتل لا يؤاخذ بالجزية ، فإذا حصل
الزاجر في حق المقاتلة وهم الأصل انزجر التبعية ، أو نقول : وجبت لإسقاط القتل ، فمن
لا يجب قتله لا توضع عليه الجزية ، وهؤلاء لا يجوز قتلهم فلا جزية عليهم ، ولأن عمر رضي
الله عنه لم يضع على النساء جزية . وعن أبي يوسف أنها تجب على الزمن والأعمى والشيخ
الكبير إذا كان لهم مال ، لأنها وجبت على الفقير المعتمل ، ووجود المال أكثر من العمل ،
ولأنه يجوز قتل من كان له رأى في الحرب وكان له مال يعين به فتجب عليه الجزية كذلك
قال (ولا) على (الرهايين المتعزلين ، ولا فقير غير معتمل) والمراد الرهايين الذين
لا يقدرّون على العمل والسياحين ونحوهم . أما إذا كانوا يقدرّون على العمل فيجب عليهم
وإن اعتزلوا وتركوا العمل لأنهم يقدرّون على العمل فصاروا كالمعتملين إذا تركوا العمل
فتؤخذ منهم الجزية كتعطيل أرض الخراج . وأما الفقير الغير المعتمل ، فلأن عمر رضي
الله عنه شرط كونه معتملا وأنه دليل عدم وجوبها على غير المعتمل ، ولأنه غير مطبق
للأداء فيعتبر بالأرض التي لا تصلح للزراعة اعتبارا لخراج الرأس بخراج الأرض ؛ ولا
جزية على الفقير التغلبي لما سبق في الزكاة من صلحهم أنه يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من
المسلمين ، ولا شيء على الفقير المسلم ؛ ولو مرض الذي جميع السنة لاجزية عليه ، لأنها
تجب على الصحيح المعتمل لما بينا ؛ ولو مرض أكثر السنة سقطت أيضا لإقامة للأكثر
مقام الكل ، وكذلك لو مرض نصف السنة لأنها بعقوبة فيترجح المسقط ؛ ولو أدرك
الصبي وأفارق المجنون وعق العبد وبرئ المريض قبل وضع الإمام الجزية وضع عليهم ،
وبعد وضع الجزية لا يوضع عليهم ، لأن المعتمل أهليتهم دون الوضع ، لأن الإمام يخرج
في تعرف حالهم في كل وقت ولم يكونوا أهلا وقت الوضع ، بخلاف الفقير إذا أيسر بعد
الوضع حيث يوضع عليهم ، لأن الفقير أهل للجزية ، وإنما سقطت عنه للعجز وقد زال .
قال (وتسقط بالموت والإسلام) لأنها شرعت للزجر عن الكفر وحملها على الإسلام ،

وإذا اجتمعت حولان تداخلت (سم) . وينبغي أن تؤخذ الجزية على وصف الذل والصغار ، ويقول له : أعط الجزية يا عدو الله ، ولا ينتقص عهدهم إلا بالحق بدور الحرب ، أو إن تغلبوا على موضع فيحاربونا فتصير أحكامهم كالمرتدين ، إلا أنه إذا ظفرنا بهم نسترقهم ولا نجبرهم على الإسلام ؛ ويؤخذ أهل الجزية بما يتميزون به عن المسلمين في ملابسهم ومراكبهم .

ولا حاجة إلى ذلك بعد الموت والإسلام لما بينا أنها بدل عن القتل ، وقد سقط القتل عنهما . ولأنها وجبت على وجه الصغار ، وقد تعذر ذلك بالموت والإسلام . قال (وإذا اجتمعت حولان تداخلت) فلا تجب إلا واحدة ، وقالوا : تؤخذ لجميع ما مضى ، لأن مضى المدة لا تأثير له في إسقاط الواجب كالديون . ولأن حنيفة أنها عقوبة على الكفر ، والأصل في العقوبات التداخل كالحدود ، أو لأنها للزجر ، والزجر عن الماسي محال (وينبغي أن تؤخذ الجزية على وصف الذل والصغار) كما قال تعالى - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - فيكون الآخذ قاعدا والذي بين يديه ويؤخذ بتلييه ويهزأ (ويقول له : أعط الجزية يا عدو الله) ولا تجرى فيها الثابة لأنها عقوبة ، وعندها تجوز النيابة لأنها للزجر بتنقيص المال ، وتنقيص المال يحصل به وبنايته ، ويجوز تعجيل الجزية سنتين وأكثر كالحراج ، فلو عجل لسنتين ثم أسلم ردّ خراج سنة واحدة لأنه أداه قبل الوجوب ، ولا يردّ خراج السنة الأولى إذا مات أو أسلم بعد دخولها لأنه أداه بعد الوجوب . قال (ولا ينتقص عهدهم إلا بالحق بدور الحرب ، أو إن تغلبوا على موضع فيحاربونا فتصير أحكامهم كالمرتدين ، إلا أنه إذا ظفرنا بهم نسترقهم ولا نجبرهم على الإسلام) لأنهم إذا صاروا حربا علينا فلا فائدة في عقد الذمة فيصرون كالمرتدين ومالهم كمالهم إلا أنهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة ، لأن المقصود أن يصيروا من أهل دارنا سلما لنا وأنه يحصل بالاسترقاق ؛ والمقصود من المرتدة العود إلى الإسلام ولا تحصل إلا بالجبر ، فإن عادوا إلى الذمة أخذوا بحقوق العباد التي كانت عليهم قبل النقص كما في الردة ، ولا يؤاخذون بما أصابوا في المحاربة . قال (ويؤخذ أهل الجزية بما يتميزون به عن المسلمين في ملابسهم ومراكبهم) قال أبو حنيفة : ينبغي أن لا يترك أحد من أهل الذمة يشبه بالمسلمين في لباسه ومركبه ولا في هيئته . والأصل في ذلك أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد يأمرهم أن يأمرؤا أهل الذمة أن يخنموا رقابهم بالرياص وأن يظهروا مناطقهم ، وأن يخلقوا نواصيهم ولا يتشبهوا بالمسلمين في أثوابهم . وروى أنه صالح أهل الذمة على أن يشدوا في أوساطهم الزنار ، وكان بحضرة من الصحابة من غير نكير ، ولأن المسلم

وَلَا يَرْكَبُونَ الْخَيْلَ إِلَّا لِفِضْرُورَةٍ وَلَا يَحْمِلُونَ السَّلَاحَ ، وَلَا تُتَحَدَّثُ كَنِيسَةُ
وَلَا صَوْمَعَةٌ وَلَا بَيْعَةٌ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَإِذَا أَهْدَمَتِ الْقَدِيمَةَ أَعَادُوهَا ،

يجب تعظيمه ومولاته وبدايته بالسلام والتوسعة عليه في الطريق والمجالس والكافر
يعامل بضد ذلك . قال عليه الصلاة والسلام « لا تبدؤهم بالسلام وألجئهم إلى أضيق
الطرق » فإذا لم يتميزوا عن المسلمين فيما ذكرنا ربما عظمنا الكافر وواليناه وبدأناه بالسلام
ظنا منا أنه مسلم وذلك لا يجوز ، فوجب تمييزهم بما ذكرنا احترازا عن ذلك ، ولأن السياء
يستدل بها على حال الإنسان ، قال تعالى - تعرفهم بسيماهم - وقالت الفقهاء : من رأينا
عليه زى الفقر جاز لنا دفع الزكاة إليه ، ويؤخذ كل واحد أن يجعل في وسطه كستيجا مثل
الحيط الغليظ من الشعر أو الصوف ويكون غليظا ليظهر للرأى ، ولا يلبسوا العمام ويلبسوا
قميصا خشنا جيوبهم على صدورهم ، وأن يلبسوا القلائس الطوال المضربة ، وأن يركبوا
السروج التي على قربوسه مثل الرمانة . وفي الجامع الصغير كهيئة الأكف ، وأن يجعلوا
شراك نعالم مثلنا ولا يخلوها مثل المسلمين ، ولا يلبسوا طيالة ولا أردية مثل المسلمين
(ولا يركبون الخيل إلا لضرورة) فإن دعت يركبون على ما وصفنا ، وينزلون في مجامع
المسلمين (ولا يحملون السلاح) لأنهم أعداء المسلمين ، ويمنعون من لباس يختص به أهل
الشرف والعلم والدين ، ويجب أن تميز نساؤهم من نساء المسلمين حال المشي في الطرق
والحمامات ، فيجعل في أعناقهن طوق الحديد ، ويخالف لزارهن لزار المسلمات ،
ويكون على دورهم علامات تميز بها عن دور المسلمين لئلا يقف عليهم السائل فيدعو لهم
بالمغفرة . فالحاصل أنه يجب تمييزهم بما يشعر بذلهم وصغارهم وقهرهم بما يتعارفه كل
بلدة وزمان . قال (ولا تحدث كنيسة ولا صومعة ولا بيعة في دار الإسلام) قال عليه
الصلاة والسلام « لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة » والمراد إحداث الكنيسة في دار الإسلام .
وقوله « لا خصاء » هو الاعتزال عن النساء كما يفعله الرهبان فكأنه خصاء معنى (وإذا
أهدمت القديمة أعادوها) لأنهم أقرؤا عليها ، والبناء لا يتأبد ، ولا بد من خرابه ، فلما
أقرهم عليها فقد ألزم لهم إعادتها ، وليس لهم أن يحولوها لأنه إحداث لإعادة ، ثم قيل
إنما يمنعون في الأمصار ، أما القرى التي لا تقام فيها الجمع والحدود لا يمنعون من ذلك ولا
من بيع الخمر والخنزير فيها ، وهذا في القرى التي أكثرها ذمة ، أما قرى المسلمين فلا
يجوز ذلك ، وأما أرض العرب فيمنعون من ذلك في المصر والقرى . قال محمد : لا ينبغي
أن يترك في أرض العرب كنيسة ولا بيعة ، ولا يباع فيها خمر وخنزير مصر كانت أو قرية ،
ومنع المشركون أن يتخذوا أرض العرب مسكنا أو وطنا ، لقوله عليه الصلاة والسلام
« لا يجتمع دينان في أرض العرب » ويمنعون من إظهار الفواحش والربا والمزامير والطنابير

فصل

أَرْضُ الْعَرَبِ أَرْضُ عَشْرِ ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعُدَيْبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةٍ إِلَى حَدِّ الشَّامِ . وَالسَّوَادُ أَرْضُ خَرَاجٍ ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعُدَيْبِ إِلَى عَقَبَةِ حُلُوانَ ، وَمِنْ الْعَلْتِ أَوْ الثَّعْلِيَّةِ إِلَى عَبَادَانَ . وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُمْ فِيهَا : وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ فَتَحَتْ عَنْوَةً وَقُسِّمَتْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فَهِيَ عَشْرِيَّةٌ وَمَا فَتِحَ عَنْوَةً وَأَقْرَّ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ صَالَحَهُمْ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ سِوَى مَكَّةَ شَرَّفَهَا اللَّهُ تَعَالَى .
وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا يُعْتَبَرُ بِحَيِّزِهَا (م) ، .

فصل

(أرض العرب أرض عشر ، وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام) لأن النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يضعوا الخراج على أرض العرب ولأن من شرط الخراج أن يقر أهلها على الكفر ، ومشركو العرب لا يقرّون على الكفر على ما قدمناه . قال (والسواد أرض خراج ، وهي ما بين العذيب إلى عقبة حُلُوان ، ومن العلت أو الثعلبية إلى عبادان) لأنه يجوز إقرارهم على الكفر فقد وجد شرط الخراج ، ولأن عمر رضي الله عنه فتح سواد العراق ووضع عليه الخراج بمحض من الصحابة ، وأجمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام ، وكذلك وضع عمر رضي الله عنه على مصر الخراج حين فتحها عمرو بن العاص . قال (وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز تصرفهم فيها) لما بينا أن الإمام إذا فتح بلدة قهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليهم الخراج ، فإذا أقرهم عليها بقيت مملوكة لهم فيجوز تصرفهم فيها بيعا وشراء وإجارة وغير ذلك كسائر الممالك والأملاك . قال (وكل أرض أسلم أهلها عليها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي عشريّة) لأن وضع العشر على المسلم ابتداء أليق به من الخراج لما فيه من معنى العبادة على ما بيناه في الزكاة ، ولأنه أخف لأنه يتعلق بالخراج ، فإن أخرجت الأرض شيئا وجب عشره وإلا فلا (وما فتح عنوة وأقر أهلها عليها أو صالحهم فهي خراجية سوى مكة شرفها الله تعالى) لأن وظيفة الأرض في الأصل الخراج ، وإنما صرنا إلى العشر في حق المسلم تخفيفا عليه وتكرمة له وفيما عدا ذلك تبقى خراجية ، ولأن وضع الخراج على الكافر ابتداء أليق به ، وأما مكة فالنبي عليه الصلاة والسلام خصها ، وذلك لأنه حيث افتتحها عنوة تركها ولم يضع عليها الخراج . قال (ومن أحيا مواتا يعتبر بحيزها) فإن كانت تقرب

وَلَا يَجْتَمِعُ عَشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا يَتَكَرَّرُ الْخَرَاجُ بِتَكَرُّرِ الْخَارِجِ ، وَالْعَشْرُ يَتَكَرَّرُ ، وَإِذَا غَلَبَ الْمَاءُ عَلَى أَرْضِ الْخَرَاجِ أَوْ انْقَطَعَ عَنْهَا أَوْ أَصَابَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَلَا خَرَاجَ ، وَإِنْ عَطَّلَهَا مَالِكُهَا فَعَلَيْهِ خَرَاجُهَا .

من أرض العشر فعشرية ، وإن كانت تقرب من أرض الخراج فخراجية ، وهذا عند أبي يوسف ، لأن ما يقرب من الشيء يعطى حكمه : كفناء الدار وحريم البئر والشجرة ونحو ذلك ، والقياس في البصرة الخراج لأنها من حيز أرضه ، إلا أن الصحابة رضى الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لذلك . وقال محمد : إن أحياها بماء العشر فعشرية ، وإن أحياها بماء الخراج فخراجية ، لأن الخراج لا يوظف على المسلم إلا بالتزامه ، فإذا ساق إليها ماء الخراج فقد ألزم الخراج ، وإلا فلا ؛ وكل أرض خراج انقطع عنها ماء الخراج فسقيت بماء العشر فهي عشرية ، وكل أرض عشرية انقطع عنها ماء العشر فسقيت بماء الخراج فخراجية اعتبارا بالماء إذ هو سبب النماء . قال (ولا يجتمع عشر وخراج في أرض واحدة) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم » ولم ينقل عن أحد من أئمة العدل والجور ذلك فكفى بهم حجة ، ولأن العشر يجب في أرض فتحت قهرا ، والخراج في أرض أقر أهلها عليها وإنهما متنافيان . قال (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخراج والعشر بتكرر) لأن عمر رضى الله عنه لم يوظف الخراج مكررا ، ولأن الخراج للأرض كالأجرة ، فإذا أداها فله أن ينتفع بها ما شاء ويزرعها مرارا . أما العشر فعناه أن يأخذ عشر الخارج ولا يتحقق ذلك إلا بوجوبه في كل خارج . قال (وإذا غلب الماء على أرض الخراج أو انقطع عنها أو أصاب الزرع آفة فلا خراج) وكذلك إن منعه إنسان من الزراعة ، لأن المعتبر في الخراج النماء التقديرى وهو التمكين من الزراعة كما في الأرض المستأجرة ، وفي العشر حقيقة الخارج ، وفيها إذا أصاب الزرع آفة فأتى النماء التقديرى في بعض السنة ، وكونه ناميا في جميع السنة شرط كما في الزكاة ، وإن أخرجت الأرض مثلى الخراج فصاعدا يؤخذ منه جميع الخراج ، وإن أخرجت قدر الخراج يؤخذ نصفه تحريزا عن الإجحاف بأحد الجانبين . قال (وإن عطّلها مالكها فعليه خراجها) لأن الخراج متعلق بالتمكين من الزراعة لا بحقيقة الخارج والتمكين ثابت وهو الذى فوته ، ولو انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى . قالوا : ولا يفتى بهذا كيلا تتجرى الظلمة على أموال الناس .

واعلم أن الخراج كان وظيفة مشروعة في الجاهلية كفاية للمقاتلة وكانت رسم كسرى ، فصارت شريعة لنا بإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وهو ما روى أن عمر رضى الله عنه لما فتح سواد العراق تركها على أربابها وبعث عثمان بن حنيف ليمسح الأراضي وجعل عليها .

وَالْخَرَاجُ : مَقَاسِمَةٌ فَيَتَعَلَّقُ بِالْخَارِجِ كَالْعُشْرِ . وَوَظِيفَةٌ وَلَا يَزَادُ عَلَى مَا وَظَفَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَهُوَ عَلَى كُلِّ جَرِيبٍ يَبْلُغُهُ الْمَاءُ صَاعٌ وَدِرْهَمٌ ، وَجَرِيبُ الرُّطْبَةِ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ ، وَالْكَرْمِ وَالنَّخْلِ الْمُتَصِلِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ ، وَمَا لَمْ يُوْظَفْهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يُوْضَعُ عَلَيْهِ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ ، وَنِهَايَةُ الطَّاقَةِ نِصْفُ الْخَارِجِ فَلَا يَزَادُ عَلَيْهِ ، وَيُنْقَصُ مِنْهُ عِنْدَ الْعَجْزِ ،

حذيفة بن اليمان مشرفا فسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب فوظف على كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة درهما وقفيزا مما يزرع ، وعلى كل جريب رطبة خمسة دراهم وعلى كل جريب كرم عشرة دراهم وذلك بمحض من الصحابة من غير تكثير فكان إجماعا . قال (والخراج) نوعان (مقاسمة فيتعلق بالخارج كالعشر) وهو أن يمن الإمام على أهل بلدة فتحها فتجعل على أراضيهم مقدار ربع الخارج أو ثلثه أو نصفه ، ولا يزيد على النصف لأن التقدير ورد بالنصف وهو ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطى خير لأهلها معاملة بالنصف ، وحكمه حكم العشر إلا أنه يوضع موضع الخراج لأنه خراج حقيقة (و) خراج (وظيفة ولا يزداد على ما وظفه عمر رضي الله عنه ، وهو على كل جريب يبلغه الماء صاع ودرهم ، وجريب الرطبة خمسة دراهم ، والكرم والنخل المتصل عشرة دراهم) على ما روينا ، ولأن الموثن متفاوتة ، والوظيفة متفاوتة بتفاوت الموثنة ، ألا ترى أن الواجب فيما سقته السماء العشر ، وما سقى بالدولاب نصف العشر ، والكرم خفيف الموثن ، والمزارع أكثر ، والرطبة بينهما ، فوظف على كل نوع بقدره كما تقدم (وما لم يوظفه عمر رضي الله عنه يوضع عليه بحسب الطاقة) كالزعفران وغيره (ونهاية الطاقة نصف الخارج فلا يزداد عليه ، وينقص منه عند العجز) قال عمر رضي الله عنه : لعلكما حلتما الأرض مالا تطيق ؛ قالا : لا ولو زدنا لأطاعت ، وأنه دليل جواز النقصان ، ولا تجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه في سواد العراق لأنه خلاف إجماع الصحابة ، وما وظفه إمام آخر في أرض كتوظيف عمر رضي الله عنه باجتهاد فلا ينقص باجتهاد مثله ؛ ولو وظف على أرض ابتداء تجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه بقدر الطاقة عند محمد ، لأنه إنشاء حكم باجتهاد وليس فيه نقص حكم ، ولا يجوز عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأن الخراج مقدر شرعا ، واتباع إجماع الصحابة واجب لأن المقادير لا تعرف إلا توقيفا ، والتقدير يمنع الزيادة لأن النقصان يمتنع ، فتعين منع الزيادة لئلا يخلو التقدير عن الفائدة ، والجريب الذي فيه أشجار مثمرة ملتفة لا يمكن زراعتها . قال محمد : يوضع عليه بقدر ما يطيق لأنه لم يرد عن عمر في البستان تقدير فكان مفوضا إلى الإمام ، وقال أبو يوسف لا يزداد على الكرم لأن البستان بمعنى الكرم فالوارد

وَإِذَا اشْتَرَى الْمُسْلِمُ أَرْضَ خَرَاجٍ أَوْ أَسْلَمَ الذَّمَّى أُخِذَ مِنْهُ الْخَرَاجُ .

فصل

وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ ، وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ، يُحْبَسُ وَيُعْرَضُ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ ، وَتُكْشَفُ شُبُهَتُهُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ وَإِلَّا قُتِلَ ،

فِي الْكُرْمِ وَارْدٌ فِيهِ دَلَالَةٌ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ أَشْجَارٌ مُتَفَرِّقَةٌ فَهِيَ تَابِعَةٌ لِلْأَرْضِ ، أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةٍ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْخَرَاجَ يَجِبُ عِنْدَ بُلُوغِ الْغَلَّةِ عَلَى اخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ لِأَنَّهُ كَالْبَدَلِ عَنِ الْخَارِجِ ، وَلَهُ أَنْ يَحُولَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَلَّتِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْخَرَاجَ بِقَدْرِ مَا يَسْتَوْفِي رَبُّ الْأَرْضِ الْخَارِجَ تَحْقِيقًا لِلْمَسَاوَةِ . قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الْمُسْلِمُ أَرْضَ خَرَاجٍ ، أَوْ أَسْلَمَ الذَّمَّى أُخِذَ مِنْهُ الْخَرَاجُ) لِأَنَّهُ وَظِيفَةُ الْأَرْضِ فَلَا يَتَغَيَّرُ بِتَغْيِيرِ الْمَالِكِ لِمَا مَرَّ فِي الزَّكَاةِ ، وَمَنْ عَجَزَ عَنْ زَرْعِ أَرْضٍ وَعَنِ الْخَرَاجِ تَوَجَّرَ أَرْضَهُ وَيُؤْخَذُ الْخَرَاجُ مِنَ الْأَجْرَةِ قَبْلَ أَنْ يَكُونَ مِنْ يَسْتَأْجِرُهَا بِاعِهَا الْإِمَامُ وَأَخَذَ الْخَرَاجَ وَرَدَّ عَلَيْهِ الْبَاقِيَ بِالْإِجْمَاعِ ، لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرَرٌ خَاصٌّ لِلْفَقْرِ عَامٍ فَيَجُوزُ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي النُّوَادِرِ : لَوْ هَرَبَ أَهْلُ الْخَرَاجِ إِنْ شَاءَ الْإِمَامُ عَمَرُهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَالْغَلَّةُ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَهَا إِلَى قَوْمٍ عَلَى شَيْءٍ وَكَانَ مَا يَأْخُذُهُ لِلْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ فِيهِ حِفْظُ الْخَرَاجِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَالْمَلِكِ عَلَى صَاحِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مِنْ يَزْرَعُهَا بِاعِهَا عَلَى مَا بَيْنَا . وَمَنْ أَدَّى الْعَشْرَ وَالْخَرَاجَ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ بِنَفْسِهِ فَلِلْإِمَامِ أَخْذُهُ مِنْهُ ثَانِيًا لِأَنَّهُ حَقٌّ الْأَخْذُ لَهُ ؛ وَلَوْ لَمْ يَطْلُبِ الْإِمَامُ الْخَرَاجَ بِتَصَدَّقَ بِهِ عَلَى الْفُقَرَاءِ ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَطْلُبْهُ تَعَذَّرَ الْأَدَاءُ إِلَيْهِ فَبَقِيَ طَرِيقُهُ التَّصَدَّقُ بِهِ لِيُخْرِجَ عَنِ الْعَهْدَةِ ؛ وَلَوْ تَرَكَ السُّلْطَانُ الْخَرَاجَ أَوْ الْعَشْرَ أَرْجَلَ جَازٍ فِي الْخَرَاجِ دُونَ الْعَشْرِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَجُوزُ فِيهِمَا لِأَنَّهُمَا فِي الْجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ . وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْخَرَاجِ فَصَحَّ تَرْكُهُ وَهُوَ صَلَةٌ مِنْهُ ، وَالْعَشْرَ حَقٌّ الْفُقَرَاءِ عَلَى الْخُلُوصِ فَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى . الصَّاعُ : أَرْبَعَةُ أَمْنَانٍ . وَالْمَنْ : مَائَتَانِ وَسِتُونَ دِرْهَمًا . وَالْدِرْهَمُ مِنْ أَجُودِ النَّقُودِ . وَالْجَرِيبُ : سِتُونَ أَذْرَاعًا فِي سِتِينَ بَذْرَاعَ الْمَلِكِ كَسْرِي ، وَأَنَّهُ يَزِيدُ عَلَى ذِرَاعِ الْعَامَةِ بِقَبْضَةٍ . وَقِيلَ هَذَا جَرِيبُ سَوَادِ الْعِرَاقِ ؛ فَأَمَّا جَرِيبُ أَرْضِ كُلِّ بَلَدَةٍ مَا هُوَ الْمُتَعَارَفُ عَنْهُمْ .

فصل

(وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ) عَنْ الْإِسْلَامِ (يُحْبَسُ وَيُعْرَضُ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ وَتُكْشَفُ شُبُهَتُهُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ وَإِلَّا قُتِلَ) أَمَّا حَبْسُهُ وَعَرْضُ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِ فَلَيْسَ بِوَاجِبٍ لِأَنَّهُ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ ؛ وَالْكَافِرُ إِذَا بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ لَا تَجِبُ أَنْ تَعَادَ عَلَيْهِ فَهَذَا أَوْلَى ، لَكِنْ يَسْتَحَبُّ ذَلِكَ ،

فَانْ قَتَلَهُ قَاتِلَ قَبْلَ الْعَرَضِ لاشيءَ عَلَيْهِ . وَإِسْلَامُهُ أَنْ يَأْتِيَ بِالشَّهَادَتَيْنِ
وَيَتَّبِعَ عَنْ جَمِيعِ الْأَدْيَانِ سِوَى دِينِ الْإِسْلَامِ . أَوْ عَمَّا انْتَقَلَ إِلَيْهِ ، وَيَزُولُ (سَم)
مِلْكُهُ عَنْ أَمْوَالِهِ زَوْالًا مُرَاعَى ، فَاِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ إِلَى حَالِهَا ،

لأن الظاهر إنما ارتد لشبهة دخلت عليه أو صيم أصابه فيكشف ذلك عنه ليعود إلى الإسلام
وهو أهون من القتل . وروى مثل ذلك عن عمر ، وقيل إن طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام
وإلا قتل للحال لأنه متعنت . وأما وجوب قتله فلقوله تعالى - تقاتلونهم أويسلمون - والمراد
أهل الردة نفلان ابن عباس وجماعة من المفسرين ، وقال عليه الصلاة والسلام « من
بدل دينه فاقتلوه » وقال « لا يحل دم امرئ مسلم إلا باحدى معان ثلاث » الحديث ،
والحر والعبد سواء لإطلاق ما ذكرنا . قال (فان قتله قاتل قبل العرض لاشيء عليه) لأنه
مستحق للقتل بالكفر فلا ضمان عليه ، ويكره له ذلك لما فيه من ترك الغرض المستحب ،
ولما فيه من الافتيات على الإمام . قال (وإسلامه أن يأتي بالشهادتين ويتبرأ عن جميع
الأديان سوى دين الإسلام أو عما انتقل إليه) لحصول المقصود بذلك ، فان عاد فارتد
فحكمه كذلك وهكذا أبدا ، لأننا إنما نحكم بالظاهر ، قال عليه الصلاة والسلام « هلا شققت
عن قلبي » وكان صلى الله عليه وسلم يقبل من المنافقين ظاهر الإسلام ، ولأن توبته قبلت
أول مرة باظهار الإسلام وأنه موجود فيما بعد فتقبل . قال (ويزول ملكه عن أمواله زوالا
مراعى ، فان أسلم عادت إلى حالها) وقال : هي على ملكه لأنه مكلف محتاج فيبقى ملكه
كالحكوم عليه بالرجم والقصاص ، وله أنه كافر مقهور تحت أيدينا مباح الدم ، وأنه
يوجب زوال الملك والمالكية ، إلا أنه يرتجى إسلامه وهو مدعو إليه فيوقف أمره فان عاد
صار كأن لم يزل مسلما وإن مات أو قتل أولحق بدار الحرب استقر كفره فعجل السبب عمله .
اعلم أن تصرفات المرتد أربعة أقسام : نافذ بالاتفاق كالطلاق والاستيلاء وقبول الهبة
وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لأنه لا يفتقر إلى تمام الولاية ولا إلى حقيقة الملك .
وباطل بالاتفاق كالنكاح والديعة لأنه يعتمد الملة ولا ملة للمرتد . وموقوف بالإجماع
كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة ، فان أسلم حصلت المساواة وإلا بطلت فيوقف
لذلك . ويختلف فيه كالبيع والشراء والعق والتدبير والكتابة والهبة والوصية وقبض الديون .
فهى موقوفة عند أبي حنيفة إن أسلم نفذت ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت .
وعندهما هي جائزة ، وهو بناء على اختلافهم في ملكه على ما بينا . لهما أنه أهل للتصرفات
لكونه مخاطبا وملكه ثابت لما بينا فيصبح تصرفه إلا عند أبي يوسف يجوز كما يجوز من
الصحيح ، لأن الظاهر عوده إلى الإسلام بزوال شبهته . وعند محمد يجوز من المريض من
الثالث ، لأن رده تفضى إلى القتل غالبا ، لأن من انتحل نخلة قلما يتركها سيرا وقد أعرض

وَلَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَحُكِمَ بِلِحَاقِهِ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ
وَأُمَمَاتُ أَوْلَادِهِ وَحَلَّتِ الدِّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ وَنُقِلَتْ أَكْسَابُهُ فِي الْإِسْلَامِ إِلَى
وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ ، وَأَكْسَابُ الرَّدَّةِ فِيءٌ (سم) ، وَتَقْضَى دِيُونُ الْإِسْلَامِ مِنْ
كَسْبِ الْإِسْلَامِ ، وَدِيُونُ الرَّدَّةِ مِنْ كَسْبِهَا (سم) ، فَإِنْ عَادَ مُسْلِمًا فَمَا
وَجَدَهُ فِي يَدِهِ وَارِثِهِ مِنْ مَالِهِ أَخَذَهُ .

عَمَّا نَشَأَ عَلَيْهِ وَأَلْفِهِ ، وَلَهُ أَنْ يملكه موقوف على ما تقدم ، وتصرفه بناء عليه فيتوقف ،
وإباحة ملكه توجب خطلا في الأهلية فلذلك توقف تصرفاته . قال (وإن مات أو قتل
أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه عتق مدبروه وأممات أولاده وحلت الديون التي عليه
ونقلت أكسابه في الإسلام إلى ورثته المسلمين ، وأكساب الردة فيء) .

اعلم أن باللحاق بدار الحرب يصير من أهل الحرب ، وهم أموات في حق أحكام
الإسلام لانقطاع الولاية وعدم الإلزام كما انقطعت عن الميت الحقيقي ، إلا أنه لا يستقر
للحاق إلا بالقضاء لاحتمال العود ، ولأن انقطاع الحقوق باللحاق يختلف فيه فيتوقف حكمه
على القضاء كغيره من المجتهدات ، فإذا قضى به ثبت موته الحكمي فيرتب عليه أحكام
الموت وهي ما ذكرنا كالموت الحقيقي ، ومكاتبه يؤدي بدل الكتابة إلى ورثته كما إذا مات
حقيقة . وأما الميراث فكسب الإسلام لورثته المسلمين بإجماع الصحابة هكذا قضى على (١)
رضي الله عنه في مال المستورد والعجلى حين قتله مرتدا من غير نكير من أحد من الصحابة .
وعن ابن مسعود مثله ، وكسب الردة فيء . وقالوا : لهم أيضا بناء على أن ملكه ثابت
عندهما في الكسبين ، ويستند إلى ما قبل الردة حتى يكون توريث المسلم من المسلم ، لأن
الردة سبب الموت . وله أن الاستناد ممكن في كسب الإسلام لا في كسب الردة لأنه وجد
بعدها فلا يتصور إسناده إلى ما قبلها ولأنه كسب مباح الدم فيكون فينا كالحربي ، ثم
في رواية عن أبي حنيفة ، وهو قول زفر يعتبر ورثته يوم ارتد لأنه سبب الموت ، وعنه
وهو قول محمد وهو ظاهر الرواية يوم الموت أو اللحاق لأنه سبب الإرث والقضاء لتقريره
لقطع الاحتمال ، وفي رواية وهو قول أبي يوسف يوم القضاء ، لأن به يتقرر الاستحقاق
وبه يصير اللحاق موتا وتبطل وصاياه عند أبي حنيفة ، لأن ردته كالرجوع عنها . وقالوا :
تبطل وصاياه في القرب لا غير . قال (وتقضى ديون الإسلام من كسب الإسلام ، وديون
الردة من كسبها) وقالوا : تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعا ملكه عندهما . وله أنه
يقضى كل دين مما اكتسبه في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم . قال (فإن عاد مسلما فإ
وجده في يد وارثه من ماله أخذه) لأنه إذا عاد مسلما فقد عاد حيا فعادت الحاجة والخلافة

وإسلامُ (ز) الصَّبِيِّ العاقلِ وارْتِدَادُهُ صَحِيحٌ (س ز) ، وَيُجَسَّرُ عَلَى الْإِسْلَامِ
وَلَا يُقْتَلُ ،

إنما تثبت للوارث لاستغنائه ، فإذا عادت حاجته تقدّم على الوارث وجميع ما فعله القاضى
إلا ما ذكرنا ولأنه ملكه بغير عوض فجاز أن يثبت له حق الرجوع ما دام على ملكه
كأهبة ، ولا رجوع له فى شيء زال عن ملك الوارث كالموهوب ، وسواء زال بما يلحقه
الفسخ كالبيع ونحوه ، أو ما لا يلحقه الفسخ كالعتق ؛ وكذا لا سبيل له على من حكم الحاكم
بعته لأنه لا يلحقه الفسخ ؛ وكذا المكاتب إذا عتق بالأداء إلى الورثة ويأخذ البدل من الورثة
إن كان قائما كغيره من الأموال ، ولو لم يقض القاضى بشيء حتى رجع مسلما لا يثبت
شئ مما ذكرنا لأنه ما لم يتصل القضاء باللاحق لا يحكم بموته . قال (وإسلام الصَّبِيِّ العاقلِ
وارتداده صحيح ، ويجبر على الإسلام ولا يقتل) وكذا إذا بلغ يجبر ولا يقتل . وجملته أن
إسلام الصَّبِيِّ الذى يعقل الإسلام وردته صحيحان . وقال أبو يوسف : إسلامه صحيح وردته
لاتصح . وقال زفر : لا يصحان لأن طريقتيهما الأقوال ، وأقواله غير صحيحة لا يتعلق بها
حكم كالطلاق والعتاق والإقرار والعقود . ولأبى يوسف أن الإسلام فيه نفعه والكفر فيه
ضرره ، ويجوز تصرفه النافع كقبول الهبة ولا يجوز الضار كأهبة ، ولهذا قلنا إن الهبة لا يجوز
تصرفه النافع دون الضار . ولهما أن عليا رضى الله عنه أسلم وهو صبي ، وصحح النبى
عليه الصلاة والسلام وإسلامه واغتخر به فقال :

سبقتكم إلى الإسلام طرّا صغيرا ما بلغت أوان حلم

ولأن الإسلام يتعلق به كمال العقل دون البلوغ ، بدليل أن من بلغ غير عاقل لم يصح
إسلامه ، والعقل يوجد من الصغير كما يوجد من الكبير ، ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو
التصديق مع الإقرار ، لأن الإقرار طائعا دليل الاعتقاد والحقائق لا ترد ، وإذا صار مسلما
فإذا ارتدّ تصحّ كالبالغ ، ولأن الإسلام عقد والردة حله ، وكل من ملك عقدا ملك
حله كسائر العقود ، ولأن من كان بيده الاعتقاد تصوّر منه تبديله ، فإذا اقترن به الاعتراف
دل على تبديل الاعتقاد كالإسلام . وإذا ثبتت رده ترتب عليه أحكام الردّة لا يرث ولا
يورث وتبين امرأته ، ولا يصلى عليه لو مات مرتدّا ويجبر على الإسلام ، لأننا لما حكمنا
باسلامه لا يترك على الكفر كالبالغ ، ولأن بالجبر يندفع عنه مضرة حرمان الإرث وبينونة
الزوجة وغير ذلك ، وإنما لا يقتل لأن كل من لا يباح قتله بالكفر الأصلي لا يباح بالردة
لأن إباحة القتل بناء على أهلية الحراب على ما عرف ولأن القتل عقوبة وهو ليس من أهلها
ولأن القتل لا يتعلق بفعل الصبي كالفصاص . وإذا كان الصبي لا يعقل لا يصح إسلامه
ولا ارتداده وكذلك المجنون لأن الإسلام والكفر يتبعان العقل على ما بينا ، وكذلك من

وَالْمُرْتَدَّةُ لَا تُقْتَلُ ، وَتُحْبَسُ وَتَضْرَبُ فِي كُلِّ الْأَيَّامِ حَتَّى تُسَلِّمَ ، وَأَوْ
قَتَلَهَا إِنْسَانٌ لَأَشَىءَ عَلَيْهِ وَيُعَزَّرُ ، وَتَصَرَّفُهَا فِي مَا لَهَا جَائِزٌ ، فَإِنَّهُ لَخَلِيقَتُ أَوْ
مَاتَتْ فَكَسَسُهَا لِيُورَثَهَا .

غلب على عقله بوجه من الوجوه كالمبرسم والمعنوه ومن سقى شيئا فزال عقله لما بينا ، ومن
يجن ويفيق في حال جنونه له أحكام المجانين ، وفي حال إفاقته أحكام العقلاء ، وردة
السكران ليست بشيء استحسننا ، وإسلامه صحيح لأنه يحتمل أن يكون عن اعتقاد أولا ،
والإسلام يحتمل في إثباته والكفر في نفيه فافترقا . والقياس أن تبين امرأة السكران لأن الكفر
سبب للفرقة كالطلاق . وجه الاستحسان أن الردة ليست بفرقة ، وإنما تقع الفرقة
لاختلاف الدين وردته ليست بصحيحة فلا يختلف الدين . وروى بشر عن أبي يوسف
عن أبي حنيفة في صبي أبواه مسلمان كبر كافرا ولم يسمع منه الإقرار بالإسلام بعد ما بلغ ،
قال : لا يقتل ويجبر على الإسلام ، وإنما يقتل من أقر بالإسلام بعد ما بلغ ثم كفر ، لأن
الأول لم تجب عليه الحدود لأنه لم يصير مسلما بفعله وإنما بالتبعية وحكم أكسابه كالمرأة .
قال (والمرتدة لا تقتل ، وتحبس وتضرب في كل الأيام حتى تسلم) ومعناه يعرض عليها
الإسلام ، فإن أبت ضربها أسواط ثم يعرض عليها الإسلام فإن أبت حبسها . وفي رواية
تخرج كل يوم وتضرب على ما وصفنا ، لأنه لم يجز قتلها وقد ارتكبت جريمة عظيمة ولا
حد فيها فتعزَّر ، والتعزير الضرب والحبس ، وإنما لا تقتل لأنه عليه الصلاة والسلام نهى
عن قتل النساء مطلقا ، ولأن كفرها الأصلي لا يبيح دمها لأنها ليست من أهل القتال فكذلك
الكفر الطارئ . وقد بينا في أول السير أن السبب الموجب للقتل أهليته للقتال ، وأن النبي
عليه الصلاة والسلام نهى على أنه السبب بقوله « ما لها قتلت ولم تقاتل ؟ » وحديث « من بدل
دينه فاقتلوه » رواه ابن عباس ، ومذهبه أن المرتدة لا تقتل فدل على تقييده بالرجال . قاله
(ولو قتلها إنسان لأشياء عليه) لأنه اعتمد إطلاق النص وهو مذهب جماعة من العلماء
لكن يؤدَّب (ويعزَّر) إن كانت في دار الإسلام لافتياتها على الإمام . قال (وتصرفها
في ما لها جائز) إن كانت في دار الإسلام ، لأنها تصرفت في خالص حقها ، لأن عصمة
المال تتبع عصمة النفس ، وعصمة نفسها لم تزل ، وبعد اللحاق زالت عصمة نفسها ،
ولهذا لاسترق ما دامت في دار الإسلام ، لأن دار الإسلام ليست بدار استرقاق ، وإن
لحققت ثم سبيت استرقت وأجبرت على الإسلام ، لأن الصحابة استرقوا نساء بني حنيفة
بعد ما ارتدوا وأمَّ محمد بن الحنفية منهم ، ولا تقتل كالأصلية (فإن لحقت أو ماتت)
في الحبس (فكسبها لورثتها) إذ ملكها ثابت فيهما لما بينا فينتقلان إلى ورثتها ، ولا ميراث
لزوجها لأنها بانة بالردة ولم تصر مشرقة على الهلاك فلا تكون فارة ، وله أن يتزوج

فصل

الكافر إذا صَلَّى بِجَمَاعَةٍ أَوْ أَذَّنَ فِي مَسْجِدٍ أَوْ قَالَ : أَنَا مُعْتَقِدٌ حَقِيقَةَ الصَّلَاةِ فِي جَمَاعَةٍ يَكُونُ مُسْلِمًا .

أختها عقيب لحاقها ، لأنه لا عدة عليها كالمتة ، فان عادت مسلمة أو سببت لم ينتقض نكاح الأخت ، لأن نكاحها لا يعود بعد ما سقط ، ولها أن تزوج من ساعدت لعدم العدة ؛ وإن ولدت بأرض الحرب لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه من الزوج وهو مسلم تبع لأبيه ؛ وإن ولدت لسته أشهر فصاعدا من حين اللحاق ثم سببا معا كانا فيئا ، لأن النسب غير ثابت من الزوج لعدم العدة فيكون الولد كافرا تبعا لها ، والمملوكة تحبس فان كان مولاهما محتاجا إلى خدمتها دفعت إليه ويؤمر أن يجبرها على الإسلام ، ويرسل القاضي إليها كل يوم من يجلبها على الإسلام جمعا بين المصلحتين .

فصل فيما يصير به الكافر مسلما

والأصل فيه أن الكافر إذا أقر بخلاف ما اعتقده حكم بإسلامه ، فمن ينكر الوجدانية كالثنوية وعبدة الأوثان والمشركين ، والمناوية إذا قال : لا إله إلا الله ، أو قال : أشهد أن محمدا رسول الله ، أو قال : أسلمت أو آمنت بالله ، أو أنا على دين الإسلام أو على الحنيفة فهذا كله إسلام . وكل من آمن بالوجدانية وينكر رسالة محمد كاليهود والنصارى لا يصير مسلما بشهادة التوحيد حتى يشهد أن محمدا رسول الله ؛ وطائفة بالعراق يزعمون أن محمدا مرسل إلى العرب لا إلى بني إسرائيل فلا يكون مسلما بالشهادتين حتى يتبرأ من دينه . ولو قال : دخلت في الإسلام ، قال بعضهم : يحكم بإسلامه لأنه دليل على دخول حادث في الإسلام وذلك غير ما كان عليه فدل على خروجه مما كان عليه ، هكذا ذكره الكرخی في مختصره ؛ ولو قال : أنا مسلم كان أبو حنيفة يقول : لا يكون مسلما حتى يتبرأ ، ثم رجع وقال ذلك إسلام منه . قال (والكافر إذا صلى بجماعة أو أذَّن في مسجد ، أو قال : أنا معتقد حقيقة الصلاة في جماعة يكون مسلما) لأنه أتى بما هو من خاصية الإسلام ، كما أن الإتيان بخافية الكفر يدل على الكفر ، فان من سجد لصنم أو تزيا-بزناز أو لبس قلنسوة الهوس يحكم بكفره . وعن محمد إذا صلى وحده واستقبل قبلتنا كان مسلما ، ولو أبى وأحرم وشهد المناسك مع المسلمين كان مسلما . أكره الذوق على الإسلام فأسلم يصح إسلامه ، ولو رجع لا يقتل ، ولكن يحبس حتى يرجع إلى الإسلام .

وإذا أخرج قوم من المسلمين عن طاعة الإمام وتغلبوا على بلد دعاهم إلى الجماعة وكشف شبهتهم ، ولا يبذوهم بقتال ، فإن بدءوه قاتلتهم حتى يفرق جمعهم ، فإن اجتمعوا وتعسكروا بدأهم ؛

فصل

الخوارج والبغاة مسلمون ، قال تعالى - وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما - وقال على رضى الله عنه : إخواننا يغوا علينا ، وكل بدعة تخالف دليلا يوجب العلم والعمل به قطعاً فهو كفر ، وكل بدعة لا تخالف ذلك وإنما تخالف دليلاً يوجب العمل ظاهراً فهو بدعة وضلال وليس بكفر . واتفقت الأمة على تضليل أهل البدع أجمع وتخطئهم . وسب أحد من الصحابة وبغضه لا يكون كفراً لكن يضل ، فإن علياً رضى الله عنه لم يكفر شاعه حتى لم يقتله ، وأهل البغي كل فئة لهم منعة يتغلبون ويجمعون ويقاثلون أهل العدل بتأويل ويقولون الحق معنا ويدعون الولاية ، وإن تغلب قوم من اللصوص على مدينة فقتلوا وأخذوا المال وهم غير متأولين أخذوا بأجمعهم وليسوا ببغاة ، لأن المنعة إن وجدت فالتأويل لم يوجد . قال (وإذا أخرج قوم من المسلمين عن طاعة الإمام وتغلبوا على بلد دعاهم إلى الجماعة وكشف شبهتهم) لأن علياً رضى الله عنه بعث ابن عباس يدعو أهل حروراء وناظرهم قبل قتلهم ، ويستحب ذلك لأنه أهون الأمرين فلعلهم أن يرجعوا به . قال (ولا يبدؤهم بقتال) لأنهم مسلمون (فإن بدءوه قاتلتهم حتى يفرق جمعهم) قال تعالى - فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي - الآية ، ولأن علياً رضى الله عنه قاتلتهم بحضرة الصحابة ، ولأنهم ارتكبوا معصية بمخالفة الجماعة فيجب صدهم عنها ، ويجوز رميهم بالنبل والمنتجنيق وإرسال الماء والتار على الثبات ليلاً لأنه من آلة القتال . وما روى عن عبد الله بن عمر وجماعة من الصحابة من القعود عن الفتنة فيجوز أنهم كانوا عاجزين عن ذلك ، ومن لا قدرة له لا يلزمه . وما روى عن أبي حنيفة أنه قال : ينبغي أن يعتزل الفتنة ، ولا يخرج من بيته إذا لم يكن هناك إمام يدعو إلى القتال ، فأما إذا دعاه الإمام وعنده غنى وقدر لم يسعه التخلف . قال (فإن اجتمعوا وتعسكروا بدأهم) دفعاً لشركهم لأن في تركهم تقوية لهم وتمكيناً من أذى المسلمين والغلبة على بلادهم . وكان أبو حنيفة يقول : ينبغي للإمام إذا بلغه أن الخوارج يشترى السلاح ويتأهبون للخروج أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويتوبوا ، لأن الغرم على الخروج معصية فيزجرهم عنها ،

فَإِذَا قَاتَلَهُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُمْ فِئَةٌ أَجْهَزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَأَتَّبَعَ مُوَالِيَهُمْ ، وَتُسَبِّحُ لَهُمْ ذُرِّيَّةٌ ، وَلَا يُغْنِمُ لَهُمْ مَالٌ ، وَيُحْبَسُ حَتَّى يَتُوبُوا فَيُرَدَّ عَلَيْهِمْ ، وَلَا بَأْسَ بِالْقِتَالِ بِسِلَاحِهِمْ وَكِرَاعِهِمْ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ،

وفي حبسهم قطعهم عن ذلك ، ويكتفى المسلمون بثوبتهم . قال (فإذا قاتلهم فإن كان لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع مواليهم) لأن الواجب أن يقاتلهم حتى يعودوا إلى الحق ، قال تعالى - حتى تنفي إلى أمر الله - فإذا كان لهم فئة ينحازون إليها لا يزول بغيرهم لأنهم ينحازون إلى فئة تمتنع من البغاة فيعودون إلى القتال ، وأما الأسير فإن رأى قتله فقتله لأن بغيه لم يزل ، وإن رأى أن يخلى عنه فعل ، فإن عليا رضي الله عنه كان إذا أخذ أسيرا استحلفه أن لا يعين عليه وخلاه ، وإن رأى أن يحبسه حتى يتوب أهل البغي فعل وهو الأحسن ، لأنه يؤمن شره من غير قتل . وأما إذا لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مواليهم ولا يقتل أسيرهم ، هكذا فعل على رضي الله عنه بأهل البصرة ، وقال : لا يغنم لهم مال ولا تسبي لهم ذرية ، وقال يوم الجمل : لا تتبعوا مدبرا ولا تقتلوا أسيرا ، ولا تدفقوا على جريح : أي لا يتم قتله ، ولا يكشف ستره ، ولا يؤخذ مال ، وهو القدوة في الباب ، ولأن المقصود دفع شرهم وإزالة بغيهم وقد حصل . قال (ولا تسبي لهم ذرية ولا يغنم لهم مال ويحبسها حتى يتوبوا فيردّها عليهم) لما تقدّم من حديث على رضي الله عنه ، ولأنهم مسلمون والإسلام عاصم ، وإنما يحبسها عنهم قليلا عليهم ، وفيه مصلحة المسلمين ، فإذا تابوا ردت عليهم لزوال الموجب للحبس . قال (ولا بأس بالقتال بسلاحهم وكراعهم عند الحاجة إليه) معناه إذا كان لهم فئة فيقسم على أهل العدل ليستعينوا به على قتالهم ، ولأنه يجوز للإمام أن يأخذ سلاح المسلمين عند الحاجة فهذا أولى ، وهو مأثور عن على رضي الله عنه أيضا يوم البصرة ، فإذا استغنوا عنه حبسه لهم ولا يدفعه إليهم لئلا يستعينوا به على المسلمين فيحبس السلاح ويبيع الكراع ويمسك ثمنه لأن ذلك أنفع وأيسر ، فإذا زال بغيهم يزده إليهم كسائر أموالهم . وما أصاب كل واحد من الفريقين من الآخر من دم أو جراحة أو استهلاك مال فهو موضوع لادية فيه ولا ضمان ولا قصاص ، وما كان قائما في يد كل واحد من الفريقين للآخر فهو لصاحبه لما روى الزهري . قال : وقعت الفتنة فأجمعت الصحابة وهم متوافرون أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر ، وكل ما أتلّف بتأويل القرآن فلا ضمان فيه ، وكل فرج استبيح بتأويل القرآن فلا حد فيه ، وما كان قائما بعينه رد . قال محمد : إذا تابوا أفئيم أن يغرموا ولا أجبرهم على ذلك لأنهم أتلّفوه بغير حق ، فسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى . وقال أصحابنا : ما فعلوه قبل التحيز والخروج وبعد تفرق جمعهم يؤخذون به ، لأنهم

وَلَا إِذَا قَتَلَ الْعَادِلُ الْبَاغِيَّ وَرِثَهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَتَلَهُ الْبَاغِي (س) وَقَالَ : أَنَا عَلَى حَقٍّ ، وَإِنْ قَالَ : أَنَا عَلَى الْبَاطِلِ لَمْ يَرِثَهُ .

كتاب الكراهية

الْمَكْرُوهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ حَرَامٌ ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ إِلَى الْحَرَامِ أَقْرَبُ ،

من أهل دارنا ، ولا منعة لهم فهم كغيرهم من المسلمين ، أما ما فعلوه بعد التحيز لاضمان فيه لما بينا ، ولا يقتل من معهم من النساء والصبيان والشيوخ والزمنى والعينان لأنهم لا يقتلون إذا كانوا مع الكفار فهذا أولى وليسوا من أهل القتال ، فان قاتلت المرأة مع الرجال لأبأس بقتلها حالة القتال ، ولا تقتل إذا أسرت وتجنس اعتبارا بالحرية . قال (وإذا قتل العادل الباغي ورثه وكذلك إن قتله الباغي وقال : أنا على حق ، وإن قال : أنا على الباطل لم يرثه) لأنه قتله بغير حق ولا تأويل . وقال أبو يوسف : لا يرث الباغي العادل في الوجهين لأنه قتل بغير حق . ولنا ما رويناه من إجماع الصحابة ، ويكره حمل رءوسهم وإنفاذها إلى الآفاق لأنه مثله ، ولم ينقل عن علي رضي الله عنه . وروى أنه حل إلى أبي بكر رضي الله عنه رأس فأنكر حمله ، فقيل له : إن فارس والروم يفعلون ذلك ، فقال : أستناب بفارس والروم ؟ . وقد قال أصحابنا : إن كان ذلك رهنا لهم فلا بأس به ، لأن ابن مسعود حل رأس أبي جهل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه ، والله أعلم .

كتاب الكراهية

وفيه بيان ما يكره من الأفعال وما لا يكره ، وسمى بالكراهية لأن بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه ، والقدرى سماه في مختصره وشرحه : الحظر والإباحة ، وهو صحيح لأن الحظر المنع ، والإباحة الإطلاق ، وفيه بيان ما منع منه الشرع وما أباحه ، وسماه بعضهم : الاستحسان ، لأن فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ، ولفظة الاستحسان أحسن ، أو لأن أكثر مسائله استحسان لانجبال للقياس فيها ؛ وبعضهم يسميه : كتاب الزهد والورع لأن فيه كثيرا من المسائل أطلقها الشرع والزهد والورع تركها .

قال (المكروه عند محمد حرام) إلا أنه لما لم يجد فيه نصا لم يطلق عليه الحرمة (وعندهما هو إلى الحرام أقرب) لتعارض الأدلة فيه وتغليب جانب الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام « ما اجتمع الحرام والحلال إلا وقد غلب الحرام الحلال » قالوا : معناه دليل الحل

وَالنَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ حَرَامٌ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ كَالطَّبِيبِ وَالْحَاتِنِ وَالْحَافِضَةِ
وَالْقَابِلَةِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا الْعَوْرَةَ فِي الصَّلَاةِ . وَيَنْتَظَرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى جَمِيعِ
بَدَنِهِ إِلَّا الْعَوْرَةَ ، وَتَنْتَظَرُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالرَّجُلُ إِلَى مَا يَنْتَظَرُ الرَّجُلُ
مِنَ الرَّجُلِ ،

ودليل الحرمة . قال (والنظر إلى العورة حرام إلا عند الضرورة كالطبيب والحاتن والحافضة
والقابلة ، وقد بينا العورة في) كتاب (الصلاة) والأصل في ذلك قوله تعالى - قل للمؤمنين
يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم - وقوله تعالى - وقل للمؤمنات - الآية ، معناه
بسترونها من الانكشاف لئلا ينظر إليها الغير نقلا عن المفسرين ، وقال عليه الصلاة والسلام
« ملعون من نظر إلى سوءة أخيه » فأما حالة الضرورة فالضرورات تبيح المحظورات ،
ألا ترى أن الله أباح شرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير ومال الغير حالة الخمصة وما
إذا غص ، وهذا لأن أحوال الضرورات مستثناة ، قال تعالى - وما جعل عليكم في الدين
من حرج - وقال - لا يكلف الله نفسا إلا وسعها - وفي اعتبار حالة الضرورة حرج وتكليف
ماليس في الوسع ، ولأن هذه الأفعال مأمور بها ، فعند بعضهم هي واجبة ، وعند البعض
سنة مؤكدة ، ولا يمكن فعلها إلا بالنظر إلى محالها ، فكان الأمر بها أمرا بالنظر إلى محالها
ويلزم منه الإباحة ضرورة ، وينبغي للطبيب أن يعلم امرأة مداوتها ، لأن نظر المرأة إلى
المرأة أخف من نظر الرجل إليها لأنها أبعد من الفتنة ، فإذا لم يكن منه بد فليغض بصره
ما استطاع تحرزا عن النظر بقدر الإمكان ، وكذلك تفعل المرأة عند النظر إلى الفرج عند
الولادة وتعرف البكارة ، ألا يرى أنه يجوز النظر إليه لتحمل الشهادة على الزنا ولا ضرورة
فهذا أولى ، والعورة في الركبة أخف فكاشفها ينكر عليه برفق ، ثم الفخذ وكاشفه يعنف
على ذلك ، ثم السوءة فيؤدب كاشفها . قال (وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا
العورة) لأن المنهى عنه النظر إلى العورة دون غيرها وعليه الإجماع ، وقد قبل أبو هريرة
سرة الحسن بن علي رضي الله عنهما وقال : هذا موضع قبله رسول الله عليه الصلاة والسلام
ولأن الرجال يمشون في الطرق بازار في جميع الأزمان من غير نكير ، فدل على جواز
النظر إلى الأبدان . قال (وتنتظر المرأة من المرأة والرجل إلى ما ينتظر الرجل من الرجل)
أما المرأة إلى المرأة فلا تنعدم الشهوة وللضرورة في الحمامات وغيرها ، وأما نظرها إلى الرجل
فلاستوائهما في إباحة النظر إلى ما ليس بعورة ، ولأن الرجال يمشون بين الناس بازار
واحد ، فإذا خافت الشهوة أو غلب على ظنها لانتظر احترازا عن الفتنة ، وكل ما جاز
النظر إليه جاز مسه لاستوائهما في الحكم إلا إذا خافت الشهوة .

وَيَنْظَرُ مِنْ زَوْجَتِهِ وَأَمْتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِهَا ، وَيَنْظَرُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ وَأَمَةِ الْغَيْرِ إِلَى الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ وَالْعَصْدَيْنِ وَالشَّعْرِ ، وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِ إِذَا أَمِنَ الشَّهْوَةَ ،

قال (وينظر من زوجته وأمته التي تحل له إلى جميع بدنها) وكذا يحل له مسها والاستمتاع بها في الفرج وما دونه ، قال تعالى - والذين هم لفروجهم حافظون - إلى قوله سبحانه - فانهم غير ملومين - وقال عليه الصلاة والسلام « غص بصرك إلا عن زوجتك » ولا يحل له الاستمتاع بها في الدبر ولا في الفرج حالة الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام « من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو أتى كاهناً وصدقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » ونظره إلى فرجها ونظرها إلى فرجه مباح . وعن ابن عمر رضي الله عنه أن النظر أبلغ في تحصيل اللذة ، وقيل الأولى أن لا ينظر لأنه يورث النسيان ، وقال عليه الصلاة والسلام « إذا أتى أحدكم أهله فليستر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير » . قال (وينظر من ذوات محارمه وأمة الغير إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعصدين والشعر) والأصل فيه قوله تعالى - ولا يبدن زينة إلا لبعولتهن - الآية ، والمراد موضع الزينة ، لأن النظر إلى نفس الثياب والحلي والكحل وأنواع الزينة حلال للأجانب والأقارب ، فكان المراد موضع الزينة بطريق حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، وموضع الزينة ما ذكرنا ، فالرأس موضع الإكليل ، والشعر موضع العقاص ، والأذن موضع القرط ، والعنق موضع القلائد ، والصدر موضع الوشاح ، والعصدان موضع الدمالج ، والذراع موضع السوار ، والساق موضع الخلخال . وعن الحسن والحسين رضي الله عنهما أنهما كانا يدخلان على أختيهما أم كلثوم وهي تمتشط ، ويستوى في ذلك الحرمة بالنسب والرضاع والمصاهرة لأن الحرمة مؤبدة في الكل فيستوي في إباحة النظر والمس . قال (ولا بأس بأن يمس ما يجوز النظر إليه إذا أمن الشهوة) لأن المسافرة معهن حلال بالنص ويحتاج في السفر إلى مسهن في الإركاب والإنزال ، وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان إذا قدم من مغازيه قبل رأس فاطمة . وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه قبل رأس عائشة ومحمد بن الحنفية كان يقبل رأس أمه ، ولأن المحرم لما كان لا يشتهي عادة حلت معه محل الرجال ، ولا ينبغي أن يفعل شيئاً من ذلك إذا خاف الشهوة أو غلبت على ظنه ، بل ينبغي أن يغض بصره ، فإن من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه ، قال عليه الصلاة والسلام « دع ما يريك إلى ما لا يريك » ولا يجوز النظر من هؤلاء إلى ما بين السرة حتى يجاوز الركبة لأنه عورة ولا إلى الظهر والبطن ، لأن حكم الظهار إنما ثبت لتشبيهه بظهر الأم ، فلو لا حرمة ظهرها لما ثبتت حرمة الزوجية كما إذا شبهها بيدها ورجلها ، وإذا ثبتت حرمة

وَلَا يَنْظُرُ إِلَى الْحُرَّةِ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ إِنْ لَمْ يَخْفِ الشَّهْوَةَ ،
فَإِنْ خَافَ الشَّهْوَةَ لَا يَجُوزُ إِلَّا لِلْحَاكِمِ وَالشَّاهِدِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ
وَأَنْ أَمِنَ الشَّهْوَةَ ؛

الظهر فالبطن أولى ، لأن الشهوة فيها أكثر فكانت أولى بالتحريم ، ولأن ذلك ليس موضع
الزينة ، فإن سافر معهن فلا بأس أن يحملهن وينزلهن يأخذ بالبطن والظهر ، لأن اللمس
من فوق الثياب لا يوجب الشهوة فصار كالنظر حتى لو كانت متجردة أو عليها ثياب رقيقة
يجد حرارتها من فوقه لا يمسها تحجزا عن الوقوع في الفتنة ؛ وأما أمة الغير فلائها تحتاج إلى
الخروج وقضاء الحوائج والأخذ والإعطاء فيقع النظر إليها ضرورة ومس بعض أعضائها
كما في المحارم . وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه كان إذا رأى أمة متخمرة ألقى خمارها وقال
لها : يا لكأخ لاتشبهين بالحرائر . ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها لأنه محل الشهوة ، ولأنه
لما حرم من المحارم مع عدم الشهوة فيهن عادة فلائهم يحرم من الإماء كان أولى ، وإنما
يباح ذلك عند عدم الشهوة لما بينا ، إلا إذا أراد الشراء فانه يباح له النظر مع الشهوة دون
المس ، لأن المس بشهوة استمتاع بأمة الغير وأنه حرام ، أما النظر فليس باستمتاع ،
وإنما حرم لإفضائه إلى الاستمتاع وهو الوطء . والمسافرة بأمة الغير قيل تحل كالمحارم
وقيل لا وهو المختار ، لأن الشهوة إلى أمة الغير كثيرة ، ولا كذلك في المحارم ، ولأنه
لا ضرورة إلى المسافرة والخلوة معها ، وفي المحارم ضرورة لما بينا ، وكذا يحل للأمة النظر
من الأجنبية إلى جميع بدنه ومسه وغمره ما خلا العورة بشرط عدم الشهوة ، لأن العادة أن
جارية المرأة تخدم زوجها وتغمره وتدهنه فدل على الجواز . قال (ولا ينظر إلى الحرّة
الأجنبية إلا إلى الوجه والكفين إن لم يخف الشهوة) وعن أبي حنيفة أنه زاد القدم ، لأن
في ذلك ضرورة للأخذ والإعطاء ومعرفة وجهها عند المعاملة مع الأجانب لإقامة معاشها
ومعادها لعدم من يقوم بأسباب معاشها . والأصل فيه قوله تعالى - ولا يبدن زينتهن - إلا
ما ظهر منها - قال عامة الصحابة : الكحل والخاتم ، والمراد موضعهما لما بينا ، وموضعهما
الوجه واليد ، وأما القدم فروى أنه ليس بعورة مطلقا لأنها تحتاج إلى المشي فتبدو ، ولأن
الشهوة في الوجه واليد أكثر ، فلائهم يحل النظر إلى القدم كان أولى ؛ وفي رواية القدم عورة
في حق النظر دون الصلاة . قال (فان خاف الشهوة لا يجوز إلا للحاكم والشاهد) لما فيه
من الضرورة إلى معرفتها لتحمل الشهادة والحكم عليها وكما يجوز له النظر إلى العورة لإقامة
الشهادة على الزنا . قال (ولا يجوز أن يمس ذلك وإن أمن الشهوة) لأن المس أغلظ من
النظر ، فان الشهوة بالمس أكثر ، فان كانت عجوزا لاشتبهى أو كان شيخا لاشتبهى
فلا بأس بمصافحتها ، لما روى عن أبي بكر رضى الله عنه أنه كان يصفح العجائز ،

وَالْعَبْدُ مَعَ سَيِّدَتِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَالْفَحْلُ وَالْخَصِيُّ وَالْمَجْبُوبُ سَوَاءٌ ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْبَلَ الرَّجُلُ فَمَ الرَّجُلِ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ أَوْ يُعَانِقَهُ وَلَا بَأْسَ بِالْمَصَافَحَةِ ، وَلَا بَأْسَ بِتَقْبِيلِ يَدِ الْعَالِمِ وَالسُّلْطَانِ الْعَادِلِ .
وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ لُبْسُ الْحَرِيرِ وَلَا يَحِلُّ لِلرِّجَالِ إِلَّا مِقْدَارُ أَرْبَعِ أَصَابِعٍ كَالْعَلَمِ

وعبد الله بن الزبير استأجر عجزوا تمرضه فكانت تغمره وتغلى رأسه ، والصغيرة التي لا تشتهي لابأس بمسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة . ومن أراد أن يتزوج امرأة يجوز له النظر إليها وإن خاف أن يشتهي لقوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة وقد أراد أن يتزوج امرأة « انظر إليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما » . قال (والعبد مع سيدته كالأجنبي) لأن خوف الفتنة منه مثلها من الأجنبي ، وبلى أكثر لكثرة الاجتماع والنصوص المحرمة مطلقة ، والمراد من قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانهن - الإماء دون العبيد قاله الحسن وابن جبير . قال (والفحل والخصي والمجبوب سواء) لأن الآية تعم الكل ، والطفل الصغير مستثنى بالنص ، ولأن الخصي يجامع والمجبوب يساق فلا تؤمن الفتنة كالفحل . قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو شيئا منه أو يعانقه) وعن أبي يوسف لابأس به ، وعن بعض المشايخ لابأس به إذا قصد به الإكرام والمبرة ولم يخف الشهوة ، لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام عانق جعفر بن أبي طالب حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه وكان يوم فتح خيبر وقال : لأدرى بأى الأمرين أسر ؟ بفتح خيبر أم بقدم جعفر » وجه الظاهر نهى صلى الله عليه وسلم عن المكائمة والمكامة ، والأول التقبيل والثاني المعانقة ، وما رواه محمود على الابتداء قبل النهي . قال (ولا بأس بالمصافحة) فإنها سنة قديمة متوارثة بين المسلمين من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا . قال (ولا بأس بتقبيل يد العالم والسُلطان العادل) لأن الصحابة رضی الله عنهم كانوا يقبلون أطراف رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعن صفيان بن عيينة أنه قال : تقبيل يد العالم والسُلطان العادل سنة ، فقام عبد الله بن المبارك وقبل رأسه ، وتقبيل الأرض بين يدي السُلطان أو بعض أصحابه ليس بكفر لأنه تحية وليس بعبادة ، ومن أكره على أن يسجد للملك الأفضل أن لا يسجد لأنه كفر ، ولو سجد عند السُلطان على وجه التحية لا يصير كافرا .

فصل

(ويحل للنساء لبس الحرير ، ولا يحل للرجال إلا مقدار أربع أصابع كالعلم) لما روى عن علي رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ حريرة بشماله وذهابا يمينه ثم رفع بهما يديه وقال : إن هذين حرام على ذكور أمتي حل لإناتهما » وعن عمر

ولا بأسَ (سم) بِتَوَسُّدِهِ وَافْتِرَاشِهِ ، وَلَا بِأَسِّ يَلْبُسِ مَا سِدَاهُ إِبْرِيسَمٌ
وَلُحْمَتُهُ قُطْنٌ أَوْ خَزْ ؛

رضى الله عنه أنه قال « حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لبس الحرير على الرجال إلا ما كان هكذا ، وهكذا ، وذكر أصبعين وثلاثا وأربعا » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة وأراد به الأعلام » وأهدى المقوقس ملك الإسكندرية لرسول الله صلى الله عليه وسلم جبة أطرافها من ديباج فلبسها ولأن الناس اعتادوا لبس الثياب وعليها الأعلام في سائر الأزمان ، والمعنى فيه أنه تبع للثوب فلا حكم له . قال (ولا بأس بتوسده وافتراشه) وكذا ستر الحرير وتعليقه على الباب ، وقالوا : يكره لعموم النهى ولأنه من زى الأعاجم وقد نهى عنه . وله أن النهى ورد في اللبس وهذا دونه فلا يلحق به ، ولأن القليل من اللبس حلال وهو العلم فكذا القليل من الاستعمال حتى لا يجوز جعله دثارا بالإجماع . وعن ابن عباس أنه كان له مرفقة (١) حرير على بساطه ، ولأن افتراشه استخفاف به فصار كالتصاوير على البساط فانه يجوز الجلوس عليه ولا يجوز لبس التصاوير . قال (ولا بأس بلبس ما سداه إبريسم ولحمته قطن أو خز) لأن الثوب بالنسج والنسيج باللحمة ، فتعتبر اللحمة دون السدا ، فما كان سداه حريرا ولحمته غيره يجوز لبسه في الحرب وغيره بالإجماع ، وما كان بالعكس يجوز في الحرب خاصة بالإجماع أيضا للضرورة لأنه أهيب وأدفع لمضرة السلاح . وقال أبو يوسف . ومحمد : لبس الحرير في الحرب جائز لما روى الشعبي أن النبي عليه الصلاة والسلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ، ولأنه أدفع لمضرة السلاح وأهيب في عين العدو فست الحاجة إليه . وقال أبو حنيفة : لا يجوز لعموم النهى ، والحرام لا يحل إلا للضرورة وقد اندفعت بالخلوط فان الخالص إن اختص بمزية الخلوص فالخلوط اختص بزيادة الثخانة والقوة فاستويا فيجتزأ به ، ولو كان الثوب رقيقا ولا يحصل به الإرهاب لا يجوز بالإجماع . وفي نوادر هشام عن محمد يكره لبنة الحرير : أى القبة وتكة الديباج والإبريسم لأنه استعمال تام ، وما كان سداه ظاهرا كالعتاني (٢) ، قيل يكره لأن لابسها في منظر العين لباس حرير وفيه خيلاء ، وقيل لا يكره اعتبارا للحمة كما مر ، وتكره الحرقعة التي يسمح بها العرق ويمتخط بها لأنه ضرب كبير ، وإن كانت لإزالة الأذى والقذر لا بأس بها ، ولا بأس بالحرقعة يسمح بها للوضوء لتوارث المسلمين ذلك ، وقيل إن فعله تكبرا يكره كالتبرج في الاتكاء إن فعله تكبرا يكره وللحاجة لا .

(١) قوله مرفقة ، قال في مختار الصحاح : المرفقة بالكسر : الخدة اه .

(٢) قوله كالعتاني ، قال في رد المختار : هو مثل القطنى والأطلس في زماننا .

وَيَجُوزُ لِلنِّسَاءِ التَّحَلِّيُّ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ إِلَّا الْخَاتَمُ وَالْمِنْطَقَةُ وَحَلِيَّةُ السَّيْفِ مِنَ الْفِضَّةِ وَكِتَابَةُ الثَّوْبِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ وَشَدُّ الْأَسْنَانِ بِالْفِضَّةِ ، وَيَحْرَهُ أَنْ يُلْبَسَ الصَّبِيُّ الذَّهَبَ وَالْحَرِيرَ ، وَلَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُ آتِيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ ،

قال (ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة ولا يجوز للرجال) لما سبق من الحديث (إلا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة وكتابة الثوب من ذهب أو فضة وشد الأسنان بالفضة) أما الخاتم والمنطقة وحلية السيف فبالإجماع ، والنهي عليه الصلاة والسلام كان له خاتم من فضة نقشه محمد رسول الله ، ونهى عليه الصلاة والسلام عن التخم بالذهب ، ثم التخم سنة لمن يحتاج إليه كالسلطان والقاضي ومن في معناه ومن لا حاجة له إليه فتركه أفضل . والسنة أن يكون قدر مثقال فما دونه ويجعل فصه إلى باطن كفه ، بخلاف النساء لأنه للزينة في حقهن دون الرجال ، ويجوز أن يجعل فصه عقيقا أو فيروزجا أو ياقوتا أو نحوه ، ويجوز أن ينقش عليه اسمه أو اسما من أسماء الله تعالى لتعامل الناس ذلك من غير تكبر ولا بأس بسد ثقب الفص بمسما الذهب لأنه قليل فأشبه العلم ، ويكره التخم بالحديد والصفير للرجال والنساء لأنه حلية أهل النار وقد نهى عنه . وروى أنه كان قبضة سيفه عليه الصلاة والسلام من فضة . وأما كتابة الثوب كما بينا في العلم الحرير ، وكرهه أبو يوسف بناء على اختلافهم في الإناء المفضض . وأما شد الأسنان فلذهب أبي حنيفة ، وقالوا : يجوز بالذهب أيضا قياسا على الأنف ، فانه روى أن عرفة أصيب أنفه يوم كلاب (١) فاتخذ أنفا من فضة فأنث ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يتخذ أنفا من ذهب وكان ضرورة فيجوز . وله أن الضرورة في الأسنان تندفع بالأدنى وهو الفضة ، ولا كذلك في الأنف فافترقا . قال (ويكره أن يلبس الصبي الذهب والحرير) لثلا يعتاده ألا ترى أنه يؤمر بالصوم والصلاة وينهى عن شرب الخمر ليعتاد فعل الخير ويألف ترك المحرمات فكذلك هذا ، والإثم على من ألبسه لإضافة الفعل إليه . قال (ولا يجوز استعمال آتية الذهب والفضة) قال عليه الصلاة والسلام « من شرب في إناء ذهب وفضة فكأنما يجر جر في بطنه نار جهنم » وعلى هذا الحجرة والمعلقة والمدهن والميل والمكحلة والمرآة ونحو ذلك ، والنصوص وإن وردت في الشرب فالباقي في معناه لاستوائهم في الاستعمال ، والجامع أنه زى المتكبرين وتنعم المترفين ، وأنه منهي عنه فيعم الكل (ويستوى فيه الرجال والنساء) لعموم النهي ، وعليه الإجماع .

(١) قال الشعبي نقلا عن الاتقاني « كلاب » بالكاف وتخفيف اللام على وزن غراب :

اسم واد بين الكوفة والبصرة كانت به واقعة عظيمة للعرب .

ولا بأس بآنية العقيق والبلور والزجاج والرصاص ، ويجوز (س) الشرب في الإناء المفضض والجلوس على السرير المفضض إذا كان يتقى موضع الفضة .

فصل في الاحتكار

ويكره في أقوات الآدميين والبهايم في موضع يضر بأهله ،

قال (ولا بأس بآنية العقيق والبلور والزجاج والرصاص) لأنه لا تفاخر في ذلك فلم يكن في معناه . قال (ويجوز الشرب في الإناء المفضض والجلوس على السرير المفضض إذا كان يتقى موضع الفضة) أى يتقى فيه ذلك ، وقيل يتقى أخذه باليد . وقال أبو يوسف : يكره ، وقول محمد مضطرب . وعلى هذا الاختلاف والتفصيل السرج المفضض والكرسى ، والإناء المصنوع بالذهب والفضة . لأبي يوسف أنه إذا استعمل جزءا من الإناء فقد استعمل كله فيكون مستعملا للذهب والفضة . ولأبي حنيفة أن الفضة في هذه الأشياء تابعة والعبرة بلمتبع لا للتبع ، وصار كالعلم في الثوب ومصار الذهب في فص الخاتم ، وعلى هذا للجماع المفضض والركاب والثغر (١) ، أما اللجام من الفضة والركاب فحرام لأنه استعمل لفضة بعينها فلا يجوز ، ولا بأس بالانتفاع بالأواني المصنوعة بالذهب والفضة بالإجماع ، لأن الذهب والفضة مستهلك فيه لا يخلص فصار كالعدم ، والأشنان والدهن يكون في إناء فضة أو ذهب يصب منه على اليد . قال محمد : أكره ولا أكره ذلك في الغالية لأنه يدخل يده أو عودا فيخرجها إلى الكف ثم يستعملها من الكف فلا يكون مستعملا للإناء ، ولا كذلك الدهن والأشنان فإنه يكون مستعملا به بالصب منه .

فصل في الاحتكار

وهو مصدر احتكرت الشيء إذا جمعته وحبسته ، والاسم الحكرة بضم الحاء . قال (ويكره في أقوات الآدميين والبهايم في موضع يضر بأهله) والأصل في ذلك قوله تعالى - ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب أليم - قال عمر رضى الله عنه : لا تحتكروا الطعام بمكة فإنه لحاد ، وما روى ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « الجاهل مرزوق والمحتكر محروم » وفي رواية « ملعون » وعنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « من احتكر طعاما أربعين يوما فقد برئ من الله وبرئ الله منه » وروى أبو أمامة الباهلي « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يحتكر الطعام » وروى عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالحدام والإفلاس » ولأن فيه تضيقا . (١) قوله والثغر ، قال في القاموس : الثغر بالتحريك : السير في مؤخر السرج وقد يسكن .

وَلَا احْتِكَارَ فِي غَلَّةِ ضَيْعَتِهِ وَمَا جَلَبَتْهُ (سم) ؛ وَإِذَا رُفِعَ إِلَى الْقَاضِي حَالُ الْمُحْتَكِرِ بِأَمْرِهِ بِبَيْعِ مَا يَفْضُلُ عَنْ قُوْتِهِ وَعِيَالِهِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ بَاعَ عَلَيْهِ . وَلَا يَنْتَقِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَسْعَرَ عَلَى النَّاسِ إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى أَرْبَابُ الطَّعَامِ تَعَدِّيَا فَاحِشًا فِي الْقِيَمَةِ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ بِمَشُورَةِ أَهْلِ الْخَبْرَةِ بِهِ ؛

على الناس فلا يجوز . والاحتكار أن يبتاع طعاماً من المصر أو من مكان يجلب طعامه إلى المصر ويحبسه إلى وقت الغلاء ، وشرطه أن يكون مصرًا يضرب به الاحتكار لأنه تعلق به حق العامة ، وشرط بعضهم الشراء في وقت الغلاء وينتظر زيادة الغلاء والكل مكروه . والحاصل أن يكون يضرب بأهل تلك المدينة حتى لو كان مصرًا كبيرًا لا يضرب بأهله فليس بمحتكر لأنه حبس ملكه ولا ضرر فيه بغيره ، وعلى هذا التفصيل تلقى الجلب ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عنه . قال (ولا احتكار في غلة ضيعته وما جلبه) أى من مكان بعيد من المصر أو ما زرعه ، لأن له أن لا يجلب ولا يزرع فله أن لا يبيع . وقال أبو يوسف : يكره فيما جلبه أيضا لعوم النهى . وقال محمد : يكره إذا اشتراه من موضع يجلب منه إلى المصر في الغالب لتعلق حق العامة به ، وما لا فلا . قال (وإذا رفع إلى القاضي حال المحتكر بأمره ببيع ما يفضل عن قوته وعياله ، فإن امتنع باع عليه) لأنه في مقدار قوته وعياله غير محتكر ويترك قوتهم على اعتبار السعة ؛ وقيل إذا رفع إليه أول مرة نهاه عن الاحتكار ، فإن رفع إليه ثانيا حبسه وعزّره بما يرى زجرا له ودفعًا للضرر عن الناس . قال محمد : أجبر المحتكرين على بيع ما احتكروا ولا أسعر ، ويقال له : بيع كما يبيع الناس وبزيادة يتغابن في مثلها ولا أتركه يبيع بأكثر . والأصل في ذلك ما روى « أن السعر غلا بالمدينة فقالوا : يا رسول الله لو سمرت ؟ فقال : إن الله هو المسعر » ولأن التسعير تقدير الثمن وإنه نوع حجر . وقول محمد : أجبرهم على البيع يحتمل وجهين : إما لما فيه من المصلحة العامة أو بناء على قولهما في الحجر . قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لما بينا . قال (إلا أن يتعدى أرباب الطعام تعدّيًا فاحشًا في القيمة فلا بأس بذلك بمشورة أهل الخبرة به) لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع ، وقد قال أصحابنا : إذا خاف الإمام على أهل مصر الضياع والهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فإذا وجدوا ردّوا مثله ، وليس هذا حجرًا وإتمامًا للضرورة كما في الخمصة ، ولو سعر السلطان على الخبازين الخبز فاشترى رجل منهم بذلك السعر والخباز يخاف إن نقصه ضربه السلطان لا يحمل أكله لأنه في معنى المكروه ، وينبغي أن يقول له : ينبغي بما تحب ليصحب البيع ؛ ولو اتفق أهل بلد على سعر الخبز واللحم وشاع بينهم فدفع رجل إلى رجل منهم درهما ليعطيه فأعطاه أقل من ذلك والمشتري لا يعلم رجوع عليه بالنقصان من الثمن ، لأنه ما رضى إلا بسعر البلد .

وَيُقْبَلُ فِي الْمَعَامَلَاتِ قَوْلُ الْفَاسِقِ ، وَلَا يُقْبَلُ فِي الدِّيَانَاتِ إِلَّا قَوْلُ الْعَدْلِ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا ، ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى . وَيُقْبَلُ فِي الْهَدِيَّةِ وَالْإِذْنِ قَوْلُ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ .

وَيَعْزَلُ عَنْ أُمْتِهِ بَغِيرَ إِذْنِهَا ، وَعَنْ زَوْجَتِهِ بِإِذْنِهَا ؛ وَيُكْرَهُ اسْتِخْدَامُ الْخِصْيَانِ ؛ وَيُكْرَهُ اللَّعِبُ بِالزَّرْدِ وَالشُّطْرَنْجِ وَكُلِّ لَهْوٍ ،

الوقف ، لكن من أخذ طين الوقف فعمله لبناء ملكه وصار كسائر أملاكه . ووجه رواية الحسن أن الناس يتبايعونها في سائر الأعصار من غير إنكار . قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق) لأنها يكثر وجودها من الناس ، فلو شرطنا العدالة حرج الناس في ذلك ، وما في الدين من حرج ، فيقبل قول الواحد عبداً أو فاسقاً ، حراً كان أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، مسلماً أو كافراً دفعاً للحرج . قال (ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل حراً كان أو عبداً ، ذكراً أو أنثى) لأن الصدق فيه راجح باعتبار عقله ودينه ، سيما فيما لا يجلب له نفعاً ولا يدفع عنه ضرراً ، ولهذا قبلت رواية الواحد العدل للأخبار النبوية ، وإنما اشترطنا العدالة لأنها لا يكثر وقوعها كثرة المعاملات ، ولأن الفاسق متهم والكافر غير ملتزم لها فلا يلزم المسلم بقوله ، بخلاف المعاملات فإنه لا مقام له في دارنا إلا بالمعاملة ، ولا معاملة إلا بقبول قوله ، ولا كذلك الديانات والمعاملات كالإخبار بالذبيحة والوكالة والهبة والهدية والإذن ونحو ذلك ، والديانات كالإخبار بجهة القبلة وطهارة الماء ، فلو أخبره ذمى بنجاسة الماء لم يقبل قوله ، لأن الظاهر كذبه لإضراراً بالمسلم للعداوة الدينية ولا يتحرى ، فإن وقع في قلبه صدقه لا يتييم ما لم يرق الماء ، وإن توضأ به جاز ؛ ولو أخبره بذلك فاسق أو من لا تعرف عدالته ، فإن غلب على ظنه صدقه سمع قوله وإلا فلا ، والأحوط أن يريقه ويقيم . قال (ويقبل في الهدية والإذن قول الصبي والعبد والأمة) للحاجة إلى ذلك ، وعليه الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا .

فصل في مسائل مختلفة

قال (ويعزل عن أمته بغير إذنها ، وعن زوجته بإذنها) لأن للزوجة حقاً في الوطء لقضاء الشهوة وتحصيل الولد حتى يثبت لها الخيار في الحب والعنة ولا حق للأمة ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن العزل عن الحرة إلا بإذنها ، وقال لمولى الأمة « اعزل عنها إن شئت » . قال (ويكره استخدام الخصيان) لأنه تحريض على الخصاص المنهى عنه لكونه مثلاً . قال (ويكره اللعب بالزرد والشطرنج وكل لهو) قال عليه الصلاة والسلام « كل لعب ابن آدم حرام إلا ثلاثاً : ملاعبة الرجل مع امرأته ، ورميه عن قوسه ، وتأديبه فرسه »

وَوَصَلَ الشَّعْرَ بِشَعْرِ الْآدَمِيِّ حَرَامٌ ؛ وَيَكْرَهُ أَنْ يَدْعُوَ اللَّهَ إِلَّا بِهِ ، أَوْ يَقُولَ
فِي دُعَائِهِ : أَسْأَلُكَ بِمَقْعَدِ الْعِزِّ مِنْ عَرْشِكَ ، وَرَدَّ السَّلَامَ فَرِيضَةً عَلَى كُلِّ
مَنْ سَمِعَ السَّلَامَ إِذَا قَامَ بِهِ بَعْضُ الْقَوْمِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ . وَالتَّسْلِيمُ سُنَّةٌ
وَكُتَابُ الْمُسْلِمِ أَكْثَرُ ؛

ولأنه إن قام عليه فهو ميسر وإلا فهو عبث والكل حرام ، وقال عليه الصلاة والسلام
« لست من دد ولا الدد مني » أى اللعب ، وقال عليه الصلاة والسلام « ما أهلك عن ذكر
الله فهو ميسر » وهذا اللعب مما يلهي عن الجمع والجماعات فيكون حراما . وعن علي
رضي الله عنه أنه مرّ على قوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال : ما هذه التماثيل التي
أنتم لها عاكفون ؟ . وعن ابن عمر مثله . ولم ير أبو حنيفة بأسا بالسلام عليهم ليشغلهم عن
اللعب ، وكرها ذلك استحقاقا بهم وإهانة لهم . والجوز الذي يلعب به الصبيان يوم العيد
يؤكل إن لم يكن على سبيل المقامرة ، لما روى أن ابن عمر كان يشتري الجوز لصبيانه يوم
الفطر يلعبون به وكان يأكل منه ، فان قاموا به حرم . قال (ووصل الشعر بشعر الآدمي
حرام) سواء كان شعرها أو شعر غيرها لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله الواصلة
والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة والموشرة والنامصة والمتنمصة » فالواصلة : التي
تصل الشعر بشعر الغير ، أو التي توصل شعرها بشعر آخر زورا ؛ والمستوصلة : التي
توصل لها ذلك بطلبها ؛ والواشمة : التي تشم في الوجه والذراع ، وهو أن تغرز الجلد بآبرة
ثم يحشى بكحل أو نيل فيزرق ؛ والمستوشمة التي يفعل بها ذلك ؛ والواشرة التي تفلج
أسنانها ؛ أي تحددوها وترقق أطرافها تفعله العجوز تشبه بالشواب ؛ والموشرة : التي يفعل
بها بأمرها ؛ والنامصة : التي تنتف الشعر من الوجه ؛ والمتنمصة : التي يفعل بها ذلك
قال (ويكره أن يدعو الله إلا به) فلا يقول أسألك بفلان أو بملائكتك أو بأنبيائك ونحو ذلك
لأنه لاحق للمخلوق على الخالق (أو يقول في دعائه : أسألك بمقعد العز من عرشك)
وعن أبي يوسف أنه يجوز ، فقد جاء في الأثر : اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك ، وباسمك الأعظم وكلماتك التامة . ووجه الظاهر أنه يوم تعلق
عزه بالعرش ، وصفات الله تعالى جميعها قديمة بقدمه ، فكان الاحتياط في الإمساك عنه ،
وما رواه خبر آحاد لا يترك به الاحتياط (ورد السلام فريضة على كل من سمع السلام إذا
قام به بعض القوم سقط عن الباقيين ، والتسليم سنة) والرد فريضة لأن الامتناع عن الرد
إهانة بالمسلم واستخفاف به وإنه حرام (وثواب المسلم أكثر) قال عليه الصلاة والسلام
« للبادي من الثواب عشرة ، وللرد واحدة » ولا يضح الرد حتى يسمعه المسلم ، لأنه إنما
يكون جوابا إذا سمعه المخاطب إلا أن يكون أصم فينبغي أن يرد عليه بتحريك شفته ؛

وَيَنْكَرُهُ السَّلَامُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ ، وَلَا بِأَسْ بَرْدَ السَّلَامِ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ ،
وَمَنْ دَعَاهُ السُّلْطَانُ أَوْ الْأَمِيرُ لِيَسْأَلَهُ عَنْ أَشْيَاءَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَكَلَّمَ بِغَيْرِ
الْحَقِّ ؛ وَاسْتِمَاعُ الْمَلَاهِي حَرَامٌ ؛

وكذلك تشميت العاطس ؛ ولو سلم على جماعة فيهم صبي فرد الصبي إن كان لا يعقل
لا يصح ، وإن كان يعقل هل يصح ؟ فيه اختلاف ، ويجب على المرأة رد سلام الرجل
ولا ترفع صوتها لأنه عورة ، وإن سلمت عليه ؛ فإن كانت عجوزا رد عليها ، وإن كانت
شابة رد في نفسه ؛ وعلى هذا التفصيل تشميت الرجل المرأة وبالعكس ؛ ولا يجب رد
سلام السائل لأنه ليس للتحية بل شعار السؤال ؛ ومن بلغ غيره سلام غائب ينبغي أن يرد
عليهما . وروى أن الحسن بن علي رضي الله عنهما قال « يا رسول الله إن أبي يسلم عليك ،
قال : عليك وعلى أبيك السلام » ولا ينبغي أن يسلم على من يقرأ القرآن لأنه يشغله عن
قراءته ، فإن سلم عليه يجب عليه الرد لأنه فرض والقراءة لا . وذكر الرازي في أدب القضاء
أن من دخل على القاضي في مجلس حكمه وسعه أن يترك السلام عليه هية له واحتشاما ،
وبهذا جرى الرسم أن الولاة والأمراء إذا دخلوا عليهم لا يسلمون ، وإليه مال الخصاص ،
وعلى الأمير أن يسلم ولا يترك السنة لتقليد العمل ، وإن جلس ناحية من المسجد للحكم
لا يسلم على الخصوم ولا يسلمون عليه ، لأنه جلس للحكم والسلام تحية الزائرين ، فينبغي
أن يشتغل بما جلس لأجله كالذي يقرأ القرآن ، وإن سلموا لا يجب عليه الرد ، وعلى هذا
من جلس يفقه تلامذته ويقرئهم القرآن فدخل عليه داخل فسلم وسعه أن لا يرد ، لأنه إنما
جلس للتعليم لا الرد السلام . قال (ويكره السلام على أهل الذمة) لما فيه من تعظيمهم وهو
مكروه ، وإذا اجتمع المسلمون والكفار يسلم عليهم وينوي المسلمون ، ولو قال : السلام
على من اتبع الهدى يجوز (ولا بأس برد السلام على أهل الذمة) لأن الامتناع عنه يؤذيهم
والرد إحسان ولا يذأؤهم مكروه والإحسان بهم مندوب ، ولا يزيد في الرد على قوله :
وعليكم ، فقد قيل إنهم يقولون : السام عليكم ، فيجيبون بقوله وعليكم ، وهكذا نقل عنه
عليه الصلاة والسلام أنه رد عليهم ، ولا بأس بعبادتهم اقتداء برسول الله صلى الله عليه
وسلم ، ولأن فيه برهم وما نهينا عنه ؛ ولو قال للذي : أطال الله بقاءك ، إن نوي أنه يطيله
ليسلم أو ليؤدّي الجزية جاز لأنه دعاء بالإسلام ، وإلا لا يجوز . (ومن دعاه السلطان أو الأمير
ليسأله عن أشياء لا ينبغي أن يتكلم بغير الحق) قال عليه الصلاة والسلام « من تكلم عند
ظالم بما يرضيه بغير حق يغير الله قلب الظالم عليه ويسلطه عليه » أما إذا خاف القتل أو تلف
بعض جسده أو أن يأخذ ماله ، فحينئذ يسعه ذلك لأنه مكروه . قال (واستماع الملاحى
حرام) كالضرب بالقضيب والدف والمزمار وغير ذلك . قال عليه الصلاة والسلام « استماع

وَيُكْرَهُ تَعَثِيرُ الْمُصْحَفِ وَنَقْطُهُ ، وَلَا بَأْسَ بِتَحْلِيَّتِهِ ، وَلَا بَأْسَ بِنَقْشِ
الْمَسْجِدِ ، وَلَا بَأْسَ بِدُخُولِ الذَّمِّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْمَسَاجِدِ

صوت الملاحى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر » الحديث خرّج مخرج
التشديد وتغليظ الذنب ، فان سمعه بغتة يكون معذورا ، ويجب أن يجتهد أن لا يسمعه لما
روى « أنه عليه الصلاة والسلام أدخل أصبعيه في أذنيه لئلا يسمع صوت الشبابة (١) » . وعن
الحسن بن زياد : لا بأس بالدّف في العرس ليشتهر ويعلن النكاح . وسئل أبو يوسف أيكره
الدّف في غير العرس تضربه المرأة للصبي في غير فسق ؟ قال لا ، فأما الذي يجيء منه
الفاحش للغناء فلأن أكرهه . وقال أبو يوسف : في دار يسمع منها صوت المزامير والمعاذف
أدخل عليهم بغير إذنه لأن النهي عن المنكر فرض ، ولو لم يجز الدخول بغير إذن لامتنع
الناس من إقامة هذا الفرض . رجل أظهر الفسق في داره ينبغى للإمام أن يتقدم عليه ، فان
كف عنه وإلا إن شاء حبسه أو ضربه سباطا ، وإن شاء أزعجه عن داره . ومن رأى منكرا
وهو ممن يرتكبه يلزمه أن ينهى عنه ، لأنه يجب عليه ترك المنكر والنهي عنه ، فاذا ترك
أحدهما لا يسقط عنه الآخر ؛ والمغنى والقوَال والثائحة أن أخذ المال بغير شرط يباح له ، وإن كان
بشرط لا يباح لأنه أجرة على معصية . قال (ويكره تعشير المصحف ونقطه) لقول ابن
مسعود وغيره من الصحابة رضي الله عنهم : جرّدوا المصاحف ، وروى : جرّدوا القرآن ،
والنقط والتعشير ليس من القرآن فيكون منبها عنه . قال (ولا بأس بتحليته) لأنه تعظيم له
(ولا بأس بنقش المسجد) وقيل هو قرينة حسنة ، وقيل مكروه والأوّل أصحّ لأنه
تعظيم له . وأما التجصيص فحسن لأنه إحكام للبناء ، ويكره للزينة على المحراب لما فيه من
شغل قلب المصلّي بالنظر إليه ، إذا جعل البياض فوق السواد أو بالعكس للنقش لا بأس به
إذا فعله من مال نفسه ولا يستحسن من مال الوقف لأنه تضييع ، وتكره الخياطة وكلّ
عمل من أعمال الدنيا في المسجد لأنه ما بنى لذلك ولا وقف له ، قال تعالى - في بيوت أذن
الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه - والجلوس فيه ثلاثة أيام للتعزية مكروه ، وقد رخص ذلك
في غير المسجد ، ولو جلس للعلم أو الناسخ يكتب في المسجد لا بأس به إن كان حسنة ،
ويكره بالأجر إلا عند الضرورة بأن لا يجد مكانا آخر وكانوا يكرهون غلق باب المسجد ولا
بأس به في زماننا في غير أوقات الصلاة لفساد أهل الزمان فانه لا يؤمن على متاع المسجد .
قال (ولا بأس بدخول الذي المسجد الحرام أو غيره من المساجد) لما روى « أنه صلى الله
عليه وسلم أنزل وقد ثقيف في المسجد وكانوا كفّارا وقال : ليس على الأرض من نجسهم
شيء » وتأويل الآية أنهم لا يدخلون مستولين أو طائفين عراة كما كانت عادتهم .

(١) قال في المنجد : الشبابة : نوع من المزمار

وَالسَّنَةُ : تَقْلِيمُ الْأَطْفَارِ ، وَتَنْتِفُ الْإِبْطِ ، وَحَلَقُ الْعَانَةِ وَالشَّارِبِ ، وَقَصُّ أَحْسَنُ

فصل

(والسنة : تقليم الأظفار ، وتنتف الإبط ، وحلق العانة والشارب ، وقصه أحسن) وهذه من سنن الخليل صلوات الله عليه ، وفعلها نبينا صلى الله عليه وسلم وأمر بها ، وقيل أول من قص الشارب واختن وقلم الأظفار ورأى الشيب إبراهيم عليه السلام . قال الطحاوي في شرح الآثار : قص الشارب حسن ، وهو أن تأخذ حتى ينتقص عن الإطار وهو الطرف الأعلى من الشفة العليا . قال (١) : والحلق سنة وهو أحسن من القص وهو قول أصحابنا . قال عليه الصلاة والسلام « أحفوا الشارب واعفوا اللحى » والاحفاء الاستئصال ، وإعفاء اللحى ، قال محمد عن أبي حنيفة : تركها حتى تكث وتكثر والتقصير فيها سنة ، وهو أن يقبض الرجل لحيته فما زاد على قبضته قطعه لأن اللحية زينة وكثرتها من كمال الزينة وطولها الفاحش خلاف السنة ؛ والسنة التنتف في الإبط ولا بأس بالحلق ، ويتبدى في حلق العانة من تحت السرّة ؛ وإذا قص أظفاره أو حلق شعره ينبغي أن يدفنه ، قال تعالى - ألم نجعل الأرض كفاتا أحياء وأمواتا - وإن ألقاه فلا بأس به ، ويكره إلقاؤه في الكنيف والمغتسل ، قالوا : لأنه يورث المرض . وتوفير الأظفار والشارب مندوب إليه في دار الحرب ليكون أهيب في عين العدو ، والأظافر سلاح عند عدم السلاح ، والختان للرجال سنة وهو من الفطرة ، وهو للنساء مكروه ، فلو اجتمع أهل مصر على ترك الختان قاتلهم الإمام لأنه من شعائر الإسلام وخصائصه . واختلفوا في وقته ، قيل حتى يبلغ ، وقيل إذا بلغ تسع سنين ، وقيل عشرا ، وقيل متى كان يطبق ألم الختان ختن وإلا فلا ، ولو ولد وهو يشبه المختون لا يقطع منه شيء حتى يكون مايوارى الحشفة ، ولا بأس بثقب أذن البنات الأطفال لأنه لإيلاء لمنفعة الزينة وإيصال الألم إلى الحيوان لمصلحة تعود إليه جائز كالختان والحجامة ويط القرحة (٢) وقد فعل ذلك في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم . امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن استخراجه إلا بأن يقطع ويخاف على الأم ، إن كان ميتا لا بأس به ، وإن كان حيا لا يجوز . امرأة ماتت وهي حامل فاضطرب الولد في بطنها ، فإن كان أكبر الرأي أنه حتى يشق بطنها من الجانب الأيسر ، لأنه تسبب إلى إحياء نفس محترمة . عن محمد رجل ابتلع درة أو دنانير لرجل ومات ولم يترك مالا

(١) قال : أي الطحاوي اهـ

(٢) بط القرحة : شقها اهـ .

وَلَا بَأْسَ بِدُخُولِ الْحَمَّامِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِذَا اتَّزَرَ وَغَضَّ بَصَرَهُ .

فصل

تَجُوزُ الْمُسَابَقَةُ عَلَى الْأَقْدَامِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ وَالْإِبِلِ وَبِالرَّمْيِ .

لا يشقّ بطنه وعليه قيمته لأنه لا يجوز إبطال حرمة الآدمي لصيانة المسال . وروى الجرجاني عن أصحابنا أنه يشقّ لأن حقّ العبد مقدّم على حقّ الله تعالى ومقدّم على حقّ الظالم المتعدى . امرأة عابثت في إسقاط ولدها لاتأثم ما لم يستبن شيء من خلقه . شاة دخل قرنّها في قدر وتعذّر إخراجها ينظر أيهما أكثر قيمة يؤمر بدفع قيمة الآخر فيملكه ثم يتلف أيهما شاء . ويكره تعليم البازي وغيره من الجوارح بالطير الحيّ يأخذه فيعذّبه ، ولا بأس بتعليمه بالمذبوح . قال (ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء إذا اتزر وغضّ بصره) لما فيها من معني النظافة والزينة وتوارث الناس ذلك من غير تكبر . وغمز الأعضاء في الحمام مكروه لأنه عادة المترفين والمتكبرين إلا من عذر ألم أو تعب فلا بأس به ؛ ويكره القعود على القبور لورود النهي عنه ؛ ويكره الإشارة إلى الحلال عند رؤيته لأنه من عادة الجاهلية كانوا يفعلونه تعظيماً له . أما إذا أشار إليه ليريه صاحبه فلا بأس به ، ولا يحمل الخمر إلى الخلّ ويحمل الخلّ إليها ، ولا تحمل الجيفة إلى الهرة وتحمل الهرة إليها ، ولا يحمل سراج المسجد إلى بيته ، ولا بأس بحملها من البيت إلى المسجد ، ولا يقود أباه النصراني إلى البيعة ويقوده من البيعة إلى البيت ؛ وتستحبّ القبولة وذلك بين المنجلين (١) ، قال عليه الصلاة والسلام « قتلوا فانّ الشيطان لا يقبل » . رجل يخلّف إلى أهل الظلم والشرّ ليدفع عنه ظلمه وشرّه إن كان مشهوراً ممن يقتدى به كره له ذلك ، لأنّ الناس يظنون أنه يرضى بأمره ، فيكون مذلة لأهل الحقّ ؛ وإن لم يكن مشهوراً فلا بأس به إن شاء الله تعالى .

فصل

(تجوز المسابقة على الأقدام والخيل والبغال والحمير والإبل والرّمى) والأصل فيه حديث أبي هريرة أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قال « لاسبق إلا في خفّ أو نصل أو حافر » والمراد بالخفّ الإبل ، وبالنصل الرمي ، وبالحافر الفرس والبغل والحصان . وعن الزهري قال : كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله عليه الصلاة والسلام في الخيل والركاب والأرجل ، ولأنّه مما يحتاج إليه في الجهاد للكرّ والفرّ ، وكل ما هو من أسباب الجهاد فتعلمه مطلوب إليه

(١) قوله بين المنجلين : كذا بالأصل .

فانْ شُرِطَ فِيهِ جُعِلَ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ أَوْ مِنْ ثَالِثٍ لَأَسْبَقَهُمَا فَهُوَ جَائِزٌ ،
وَأَنْ شُرِطَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَهُوَ قِمَارٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُحَلِّلٌ بِفَرَسٍ كَفَّ
لِفَرَسَيْهِمَا يَتَوَهَّمُ سَبْقُهُ لَهَا إِنْ سَبَقَهُمَا أَخَذَ مِنْهُمَا ، وَإِنْ سَبَقَاهُ لَمْ
يُعْطِيهِمَا ، وَفِيَا بَيْنَهُمَا أَهْمَا سَبَقَ أَخَذَ مِنْ صَاحِبِهِ ، وَعَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ
إِذَا اخْتَلَفَ فُقَيَّهَانِ فِي مَسْأَلَةٍ وَأَرَادَا الرَّجُوعَ إِلَى شَيْخٍ وَجَعَلَا عَلَى ذَلِكَ جُعَلًا .

وكانت العضباء ناقة رسول الله عليه الصلاة والسلام لانسبق ، فجاء أعرابي على قعود فسبقها
فشق ذلك على المسلمين ، فقال عليه الصلاة والسلام « ما رفع الله شيئا إلا وضعه » وفي
الحديث « تسابق رسول الله عليه الصلاة والسلام وأبو بكر وعمر فسبق رسول الله صلى الله
عليه وسلم ، وصلى (١) أبو بكر وثلاث عمر » وعن النبي صلى الله عليه وسلم « لا تخضر
الملائكة شيئا من الملاهي سوى النصال والرهان » أي الرمي والمسابقة . قال (فان شرط فيه
جعل من أحد الجانبين أو من ثالث لأسبقهما فهو جائز) وذلك مثل أن يقول أحدهما
لصاحبه : إن سبقتني أعطيتك كذا ، وإن سبقتك لا آخذ منك شيئا ، أو يقول الأمير
لجماعة فرسان من سبق منكم فله كذا ، وإن سبق لأشئ عليه ؛ أو يقول لجماعة الرماة :
من أصاب الهدف فله كذا ، وإنما جاز في هذين الوجهين لأنه تحريض على تعليم آلة
الحرب والجهاد ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « المؤمنون عند شروطهم » وفي القياس
لا يجوز لأنه تعليق المال بالخطر . قال (وإن شرط من الجانبين فهو قمار) وإنه حرام (إلا
أن يكون بينهما محل بفرس كفء لفرسهما يتوهم سبقه لهما ، إن سبقهما أخذ منهما ،
وإن سبقاه لم يعطهما ، وفيا بينهما أهما سبق أخذ من صاحبه) وإنما جاز ذلك لأنه بالحلل
خرج عن أن يكون قمارا فيجوز لما ذكرنا ، وقيل في الحلل أن يكون إن سبقاه أعطاهما ،
وإن سبقهما لم يأخذ منهما وهوجائز أيضا لما ذكرنا ، ولو لم يكن فرس الحلل مثلهما
لا يجوز لأنه لافائدة في إدخاله بينهما فلا يخرج من أن يكون قمارا . قال (وعلى هذا التفصيل
إذا اختلف فقيهان في مسألة وأرادا الرجوع إلى شيخ وجعل على ذلك جعلًا) لأنه لما جاز
في الأفراس لمعنى يرجع إلى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد في طلب العلم ، لأن الدين
يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد ، والمسابقة بالخيال للرياضة ما لم يتعبد منها مندوب إليه ، وكذلك
على الأقدام والرمي ، قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يدخل بالمسهم الواحد الجنة
ثلاثة : صانعه ومنبله والرامي به » رواه عتبة بن عامر الجهنى ؛ ونخص الدابة وركضها
للجهاد وغيره من غرض صحيح لا بأس به ، وللتلهي مكروه ، وركض الدابة بتكلف

(١) قوله وصلى ، قال في القاموس : صلى الفرس : تلا السابق ؛ وقال أيضا : ثلث
الفرس : جاء بعد المصلى .

فصل في الكسب

للعرض على المشتري مكروه لأنه يغرّ بالمشتري . وفي الحديث « تضرب الدابة على النفار ولا تضرب على العثار » فان العثار يكون من سوء إمساك الراكب للجام ، والنفار من سوء خلق الدابة فتؤدّب على ذلك . وعن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى سعد بن أبي وقاص : لا تخصين فرسا ولا تجرين فرسا ، ومعناه أن صهيل الفرس يرهّب العدو ، والخصي يمنعه لأنه حرام لأنهم تعارفوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا من غير تكبير ، ويجوز شراء الخصي من الخيل وركوبه بالاتفاق ، ومعنى اللهى الثاني لإجراء الفرس فوق ما يحتمله .

فصل في الكسب

قال محمد بن سماعة : سمعت محمد بن الحسن يقول : طلب الكسب فريضة كما أن طلب العلم فريضة ، وهذا صحيح لما روى ابن مسعود عن النبي عليه الصلاة والسلام قال طلب الكسب فريضة على كل مسلم ، وقال عليه الصلاة والسلام « طلب الكسب بعد الصلاة المكتوبة » أى الفريضة بعد الفريضة ، ولأنه لا يتوسل إلى إقامة الفرض إلا به فكان فرضا لأنه لا يتمكن من أداء العبادات إلا بقوة بدنه وقوة بدنه بالقوت عادة وخلقة . قال تعالى - وما جعلناهم جسدا لا يأكلون - وتحصيل القوت بالكسب ولأنه يحتاج في الطهارة إلى آلة الاستقاء والآنية ، ويحتاج في الصلاة إلى ما يستر عورته ، وكل ذلك إنما يحصل عادة بالاكتساب والرسول عليهم الصلاة والسلام كانوا يكتسبون ، فأدم زرع الخنطة وسقاها وحصدها وداسها وطحنها وعجنها وخبزها وأكلها ، ونوح كان نجارا ، وإبراهيم كان بزازا ، وداود كان يصنع الدروع ، وسليمان كان يصنع المكاتل (١) من الخوص ، وزكريا كان نجارا ، ونبيينا رعى الغنم ، وكانوا يأكلون من كسبهم ، وكان الصديق رضي الله عنه بزازا ، وعمر يعنل في الأديم ، وعثمان كان تاجرا يجلب الطعام فيبيعه ، وعلى كان يكتسب فقد صحّ أنه كان يؤاجر نفسه ، ولا تلتفت إلى جماعة أنكروا ذلك وقعدوا في المساجد أعيهم طامحة وأيديهم مائة إلى ما في أيدي الناس يسمون أنفسهم المتوكلة ، وليسوا كذلك ، يتمسكون بقوله تعالى - وفي السماء رزقكم وما توعدون - وهم بمعناه وتأويله جاهلون ، فان المراد به المطر الذى هو سبب إنبات الرزق ، ولو كان الرزق ينزل علينا من السماء لما أمرنا بالاكتساب والسعى في الأسباب ، قال تعالى - فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه - وقال تعالى - أنفقوا من طيبات ما كسبتم - .

(١) قوله المكاتل ، قال في المنجد : المكاتل والمكتلة زنبيل من خوص والجمع مكاتل

وأفضل أسباب الكسب : الجهاد ثم التجارة ثم الزراعة ثم الصناعة .

وفي الحديث « إن الله تعالى يقول : يا عبدى حرّك يدك أنزل عليك الرزق » وقال تعالى - وهزّئ إليك بمجدع النخلة تساقط عليك رطباً جنياً - وكان تعالى قادراً أن يرزقها من غير هزّئ منها ، لكن أمرها ليعلم العباد أن لا يتركوا اكتساب الأسباب ، فإن الله تعالى هو الرزاق ونظير هذا خلق الإنسان ، فإن الله تعالى قادر على خلقه لامن سبب ولا في سبب كأدم عليه السلام ، ويخلق من سبب لافي سبب كحواء ، وقد يخلق في سبب لامن سبب كعيسى ، وقد يخلق من سبب في سبب كسائر بني آدم . فطلب العبد الولد بالنكاح لا ينفى كون الخالق هو الله تعالى ، فكذلك طلبه الرزق بأسبابه لا ينفى كون الرزاق هو الله تعالى ، والدلائل على ذلك كثيرة والأحاديث الواردة فيه متوافرة ، وكتابنا هذا يضيق عن استيعابها ، وفي هذا بلاغ ومقتنع .

وطلب العلم فريضة ، قال عليه الصلاة والسلام « طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة » وهو أقسام : فرض ، وهو مقدار ما يحتاج إليه لإقامة الفرائض ومعرفة الحق من الباطل ، والحلال من الحرام ، وهو محمل الحديث ؛ ومستحب وقربة كتعليم ما لا يحتاج إليه ليعلم من يحتاج إليه كالفقير يتعلم أحكام الزكاة والحج ليعلمها من وجبا عليه ، وكذلك تعلم الفضائل والسنن كالآذان والإقامة والجماعة وسنة الختان ونحوها ، ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة والكمال ؛ ومكروه وهو التعلم لياهي به العلماء ويمارى به السفهاء ، قال عليه الصلاة والسلام « من تعلم علماً لياهي به العلماء ويمارى به السفهاء أبحم بلجام من نار يوم القيامة » ولذلك كره أبو حنيفة تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قدر الحاجة . والتعليم بقدر ما يحتاج إليه لإقامة الفرض فرض أيضاً ، قال عليه الصلاة والسلام « من سئل عن علم عنده احتاج الناس إليه فكتمه أبحم يوم القيامة بلجام من نار » حتى قالوا : يجب على المولى أن يعلم عبده من القرآن والعلم بقدر ما يحتاج إليه لأداء الفرائض ، ويفترض العلماء تعليمه إلى أن يفهم المتعلم ويحفظه ويضبطه ، لأنه لا يتمكن من إقامة الفرائض إلا بالحفظ ؛ ولا يجب على الفقيه أن يجيب عن كل ما يسأل إذا كان هناك من يجيب غيره ، فإن لم يكن يلزمه الجواب ، لأن الفتوى والتعليم فرض كفاية . قال (وأفضل أسباب الكسب الجهاد) لأن فيه الجمع بين حصول الكسب وإعزاز الدين وقهر عدو الله تعالى (ثم التجارة) لأن النبي عليه الصلاة والسلام حث عليها فقال « التاجر الصدوق مع الكرام البررة » وقال « إن الله يحب التاجر الصدوق » (ثم الزراعة) وأول من فعله آدم عليه السلام ، وقال عليه الصلاة والسلام « الزارع يتاجر ربه » وقال « اطلبوا الرزق تحت خبايا الأرض » (ثم الصناعة) لأنه عليه الصلاة والسلام حرّض عليها فقال « الحرقة أمان

« ثُمَّ هُوَ فَرَضَ » ، وَهُوَ الْكَسْبُ بِقَدَرِ الْكِفَايَةِ لِنَفْسِهِ وَعِيَالِهِ وَقَضَاءِ دِيُونِهِ .
وَمُسْتَحَبٌّ ، وَهُوَ الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ لِيُؤَاسَى بِهِ فَقِيرًا ، أَوْ يُجَازَى بِهِ قَرِيبًا .
وَمُبَاحٌ ، وَهُوَ الزِّيَادَةُ لِتَجَمُّلِ وَالتَّنَعُّمِ . وَمَكْرُوهٌ ، وَهُوَ الْجَمْعُ لِلتَّفَاخُرِ
وَالْتَّكَاثُرِ وَالْبَطْرِ وَالْأَشْرِ وَإِنْ كَانَ مِنْ حِلٍّ .

أَمَّا الْأَكْلُ فَعَلَى مَرَاتِبٍ : فَرَضٌ ، وَهُوَ مَا يَتَدَفَّعُ بِهِ الْهَلَاكُ . وَمَأْجُورٌ
عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَا زَادَ عَلَيْهِ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ الصَّلَاةِ قَائِمًا وَيَسْهَلَ عَلَيْهِ الصَّوْمُ .

من الفقر « ومنهم من فضل الزرع على التجارة لأنه أعم نفعاً ، قال عليه الصلاة والسلام
« ما زرع أبو غرس مسلم شجرة فتناول منها إنسان أو دابة أو طير إلا كانت له صدقة » .
(ثم هو) أنواع : (فرض ، وهو الكسب بقدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه) لما
بيننا أنه لا يتوسل إلى إقامة الفرض إلا به وهو قضاء الدين ونفقة من يجب عليه نفقته ، فإن
ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه . قال عليه الصلاة والسلام « من أصبح آمناً في سربه معافى
في جسده عنده قوت يومه فكأنما حيزت له الدنيا بحذافيرها » وإن اكتسب ما يدخره لنفسه
وعياله فهو في سعة ، فقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام ادخر قوت عياله سنة .
(ومستحب ، وهو الزيادة على ذلك ليواسى به فقيراً ، أو يجازى به قريباً) فإنه أفضل من
التخلي لنفل العبادة ، لأن منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره ، وقال عليه الصلاة
والسلام « خير الناس من ينفع الناس » وقال عليه الصلاة والسلام « تباثت العبادات فقالت
الصدقة أنا أفضلها » وقال عليه الصلاة والسلام « الناس عيال الله في الأرض وأحبهم إليه
أنفعهم لعياله » . (ومباح ، وهو الزيادة للتجمل والتنعيم) قال عليه الصلاة والسلام « نعم
المسال الصالح للرجل الصالح » وقال عليه الصلاة والسلام « من طلب الدنيا حللاً متعافياً
لقى الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر » . (ومكروه ، وهو الجمع للتفاخر والتكاثر والبطر
والأشر وإن كان من حل) فقد قال عليه الصلاة والسلام « من طلب الدنيا مفاخرها مكاثراً
لقى الله تعالى وهو عليه غضبان » .

ثم اعلم أن الله تعالى خلق نبي آدم خلقاً لا قوام له إلا بالأكل والشرب واللباس ، وكل
منها ينقسم إلى : مباح ، ومحظور وغيرهما ، وأنا أبينه بتوفيق الله تعالى (أما الأكل فعلى
مراتب : فرض ، وهو ما يندفع به الهلاك) لأنه لإبقاء البنية ، إذ لا بقاء لها بدون به
يتمكن من أداء الفرائض على ما مرّ ويؤجر على ذلك ، قال عليه الصلاة والسلام « إن الله
ليؤجر في كل شيء حتى اللقمة يرفعها العبد إلى فيه » فإن ترك الأكل والشرب حتى هلك
فقد عصي ، لأن فيه إلقاء النفس إلى التهلكة ، وإنه منهي عنه في محكم التنزيل . قال
(ومأجور عليه ، وهو ما زاد عليه ليتمكن من الصلاة قائماً ويسهل عليه الصوم)

وَمُبَاحٌ ، وَهُوَ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ إِلَى الشَّبَعِ لِيَزْدَادَ قُوَّةُ الْبَدَنِ . وَحَرَامٌ ، وَهُوَ الْأَكْلُ فَوْقَ الشَّبَعِ إِلَّا إِذَا قَصَدَ التَّقْوَى عَلَى صَوْمِ الْغَدِ أَوْ لِفَلَاحٍ يَسْتَحْيِي الضَّعِيفُ ؛ وَلَا تَجُوزُ الرِّيَاضَةُ بِتَقْلِيلِ الْأَكْلِ حَتَّى يَضْعُفَ عَنْ أَدَاءِ الْفَرَائِضِ ، وَمَنْ امْتَنَعَ مِنْ أَكْلِ الْمَيْتَةِ حَالَةَ الْمَخْمَصَةِ .

قال عليه الصلاة والسلام « المؤمن القوى أحبّ إلى الله تعالى من المؤمن الضعيف » ولأن الاشتغال بما يتقوى به على الطاعة طاعة . وسئل أبو ذرّ رضي الله عنه عن أفضل الأعمال فقال : الصلاة وأكل الخبز إشارة إلى ما قلنا . قال (ومباح ، وهو ما زاد على ذلك إلى الشبع ليزداد قوة البدن) ولا أجر فيه ولا وزر ، ويحاسب عليه حسابا يسيرا إن كان من حلّ ، فقد روى « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أتى بعرق فيه تمر ورطب فقال : إنكم لتحاسبون في هذا » فرفعه عمر ورفضه وقال : أفي هذا نحاسب ؟ فقال عليه الصلاة والسلام إني والله والذي نفسى بيده إنكم لتحاسبون يوم القيامة في الماء البارد والماء الحارّ إلا خرقه تستر بها عورتك ، وكسرة خبز تردّ بها جوعتك ، وشربة ماء تطقّ بها عطشك » وقال عليه الصلاة والسلام « يكنى ابن آدم لقيمت يقمن صلبه ولا يلام على كفاف » . قال (وحرام ، وهو الأكل فوق الشبع) لأنه إضاعة للمال وإمراض للنفس ولأنه تبذير وإسراف وقال عليه الصلاة والسلام « ما ملأ ابن آدم وعاء شراً من البطن ، فإن كان لابُدّ فثلث للطعام وثلث للشراب وثلث للنفس » وتجشأ رجل في مجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب عليه وقال « نحّ عنا جشاك » أما علمت أن أطول الناس عذاباً يوم القيامة أكثرهم شبعاً في الدنيا ؟ . وقيل لعمر : ألا تتخذ جوارشا ؟ فقال : وما يكون الجوارش ؟ قالوا : هاضوما يهضم الطعام ، قال : سبحان الله أو يأكل المسلم فوق الشبع ؟ . قال (إلا إذا قصد التقوى على صوم الغد) لأن فيه فائدة (أو لئلا يستحي الضعيف) لأنه إذا أمسك والضعيف لم يشبع ربما استحي فلا يأكل حياء وخجلا ، فلا بأس بأكله فوق الشبع لئلا يكون ممن أساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا . قال (ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء الفرائض) قال عليه الصلاة والسلام « إن نفسك مطيتك فارق بها » وليس من الرفق أن يبيغها ويذبيها ، ولأن ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضى إليه ، فأما تجويع النفس على وجه لا يعجز عن أداء العبادات فهو مباح وفيه رياضة النفس وبه يصير الطعام مشتهى ، بخلاف الأوّل فإنه إهلاك للنفس ؛ وكذا الشاب الذي يخاف الشبق لا بأس بأن يمتنع عن الأكل ليكسر شهوته بالجوع على وجه لا يعجز عن أداء العبادات على ما قال عليه الصلاة والسلام « فانه له وجاء » . قال (ومن امتنع من أكل الميتة حالة المخمصة ،

أَوْ صَامَ وَلَمْ يَأْكُلْ حَتَّى مَاتَ أَثِمٌ ، وَمَنْ امْتَنَعَ مِنَ التَّدَاوِي حَتَّى مَاتَ لَمْ يَأْثِمَ ، وَلَا بِأَسْ بِالتَّفَكُّهِ بِأَنْوَاعِ الْفَوَاحِشِ ، وَتَرَكُهُ أَفْضَلُ ، وَاتَّخَاذُ الْوَانَ الْأَطْعِمَةِ وَالْبَاجَاتِ وَوَضْعُ الْخُبْزِ عَلَى الْمَائِدَةِ أَكْثَرُ مِنَ الْحَاجَةِ سَرَفٍ ، وَوَضْعُ الْمَمْلُوحَةِ عَلَى الْخُبْزِ ، وَمَسْحُ الْأَصَابِعِ وَالسُّكِينِ بِهِ مَكْرُوهٌ ، وَلَكِنْ يُتْرَكُ الْمِلْحُ عَلَى الْخُبْزِ . وَسُنَنُ الطَّعَامِ بِالسَّمْلَةِ فِي أَوَّلِهِ ، وَالْحَمْدُ لَهُ فِي آخِرِهِ .

أو صام ولم يأكل حتى مات أثم (لأنه أثلف نفسه لما بينا أنه لابقاء له إلا بأكل ، والميتة حالة المخصصة إما لحلال أو مرفوع الإثم فلا يجوز الامتناع عنه إذا تعين لإحياء النفس . وروى ذلك عن مسروق وجماعة من العلماء والتابعين ، وإذا كان يأثم بترك أكل الميتة فما ظنك بترك الذبيحة وغيرها من الحلالات حتى يموت جوعاً . قال (ومن امتنع من التداوي حتى مات لم يأثم) لأنه لا يقين بأن هذا الدواء يشفيه ولعله يصح من غير علاج . قال (ولا بأس بالتفكه بأنواع الفواكه) لقوله تعالى - كلوا من طيبات ما رزقناكم - وفيه نزل قوله تعالى - لا تجرموا طيبات ما أحل الله لكم - . قال (وتركه أفضل) لثلاث تنقص درجته ، ويدخل تحت قوله تعالى - أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا - . قال (واتخاذ ألوان الأطعمة والباجات ، ووضع الخبز على المائدة أكثر من الحاجة سرف) لأن النبي عليه الصلاة والسلام عدّه من أشرار الساعة . وعن عائشة : أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك إلا أن يكون من قصده أن يدعو الأضياف قوماً بعد قوم حتى يأتوا على آخره لأن فائدة . ومن الإسراف أن يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه ، أو يأكل ما انتفخ منه ويترك الباقي لأن فيه نوع تجبر إلا أن يكون غيره يتناوله فلا بأس به كما إذا اختار رغيفاً دون رقيق . قال (ووضع المملحة على الخبز ، ومسح الأصابع والسكين به مكروه . ولكن يترك الملح على الخبز) لأن غيره يستقدر ذلك وفيه إهانة بالخبز وقد أمرنا باكرامه . وقال عليه الصلاة والسلام « أكرموا الخبز فإنه من بركات السموات والأرض » قال عليه الصلاة والسلام « ما استخف قوم بالخبز إلا ابتلاه الله بالجوع » . ومن إكرام الخبز أن لا ينتظروا الإدام إذا حضر . ومن الإسراف إذا سقطت من يده لقمة أن يتركها . قال عليه الصلاة والسلام « ألق عنها الأذى ثم كلها » . قال (وسنن الطعام : البسملة في أوله والحمد لله في آخره) فإن نسي البسملة في أوله فليقل إذا ذكر : باسم الله على أوله وآخره ، بجميع ذلك ورد الأثر ، وهو شكر المؤمن إذا رزق ، قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يرضى من عبده المؤمن إذا قدّم إليه طعام أن يسمى الله في أوله ويحمد الله في آخره »

وَعَسَلَ الْيَدَيْنِ قَبْلَهُ وَبَعْدَهُ وَيُسْتَحَبُّ اتِّخَاذُ الْأَوْعِيَةِ لِنَقْلِ الْمَاءِ إِلَى الْبُيُوتِ ، وَاتِّخَاذُهَا مِنْ الْخَزَفِ أَفْضَلُ ، وَيُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ بِالسَّرَفِ وَلَا تَقْتِيرٍ ، وَمَنْ اشْتَدَّ جُوعُهُ حَتَّى عَجَزَ عَنْ طَلَبِ الْقَوْتِ فَفَرَضَ عَلَى كُلِّ مَنْ عَلِمَ بِهِ أَنْ يُطْعِمَهُ أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهِ مَنْ يُطْعِمُهُ فَإِنْ قَدَّرَ عَلَى الْكَسْبِ يَلْزَمُهُ أَنْ يَكْتَسِبَ ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ لَزِمَهُ السُّؤَالُ ، فَإِنْ تَرَكَ السُّؤَالَ حَتَّى مَاتَ أَثِمَ ،

قال (وغسل اليدين قبله وبعده) قال عليه الصلاة والسلام « الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي الهم » والمراد بالوضوء هنا غسل اليدين ، والأدب أن يبدأ بالشباب قبله وبالشيوخ بعده ، ولا يسمح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون أثر الغسل باقيا وقت الأكل ، ويمسحها بعده ليزول أثر الطعام بالكلية . قال (ويستحب اتخاذ الأوعية لنقل الماء إلى البيوت) لحاجة الوضوء والشرب للنساء لأنهن عورة وقد نهين عن الخروج ، قال تعالى - وقرن في بيوتكن - فيلزم الزوج ذلك كسائر حاجاتها . قال (واتخاذها من الخزف أفضل) إذ لا سرف فيه ولا خيلة . وفي الحديث « من اتخذ أواني بيته خزفا زارته الملائكة » ويجوز اتخاذها من نحاس أو رصاص أو شبه أو آدم ، ولا يجوز من الذهب والفضة لما مر . قال (وينفق على نفسه وعياله بلا سرف ولا تقتير) ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ، ولا يمنعهم جميعها ويتوسط ، قال تعالى - والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما - ولا يستديم الشبع ، قال عليه الصلاة والسلام « أجوع يوما وأشبع يوما » . فالحاصل أنه يحرم على المسلم الإفساد لما اكتسبه والسرف والخيلة فيه ، قال الله تعالى - ولا تبغ الفساد في الأرض - وقال - - والله لا يحب الفساد - . وقال - ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين - وقال - ولا تبدّر تبديرا إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين - . قال (ومن اشتد جوعه حتى عجز عن طلب القوت ففرض على كل من علم به أن يطعمه أو يدل عليه من يطعمه) صونا له عن الهلاك ، فان امتنعوا من ذلك حتى مات اشتركوا في الإثم ، قال عليه الصلاة والسلام « ما آمن بالله من بات شعبان وجاره إلى جنبه طاو » وقال عليه الصلاة والسلام « أيما رجل مات ضياعا بين أقوام أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله وذمة رسوله » وإن أطعمه واحد سقط عن الباقيين ، وكذا إذا رأى لقيطا أشرف على الهلاك أو أعمى كاد أن يتردى في البئر وصار هذا كإنجاء الغريق . قال (فان قدر على الكسب يلزمه أن يكتسب) لما بينا (وإن عجز عنه لزمه السؤال) فانه نوع اكتساب لكن لا يحل إلا عند العجز ، قال عليه الصلاة والسلام « السؤال آخر كسب العبد » (فان ترك السؤال حتى مات أثم) لأنه ألقى بنفسه إلى التهلكة ، فان السؤال يوصله إلى ما يقوم به نفسه

وَمَنْ كَانَ لَهُ قُوتُ يَوْمِهِ لَا يَجِلُّ لَهُ السُّؤَالُ ، وَيُكْرَهُ إِعْطَاءُ سُؤَالِ الْمَسَاجِدِ
وَأَنْ كَانَ لَا يَتَخَطَّى النَّاسَ وَلَا يَمْشِي بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّينَ لَا يَكْرَهُ ؛ وَلَا يَجُوزُ
قَبُولُ هَدِيَّةِ أُمَرَاءِ الْجُورِ ، إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنْ أَكْثَرَ مَالِهِ حَلَالٌ ، وَوَلِيْمَةٌ
الْعُرْسِ سُنَّةٌ ، وَيَنْبَغِي لِمَنْ دُعِيَ أَنْ يُجِيبَ ، فَإِنْ لَمْ يَقْعَلْ أَثَمَ ، وَلَا يَرْفَعُ
مِنْهَا شَيْئًا ، وَلَا يُعْطَى سَائِلًا إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهَا ، وَمَنْ دُعِيَ إِلَى وَلِيْمَةٍ عَلَيْهَا
كَهْوٍ إِنْ عَلِمَ بِهِ لَا يُجِيبُ ،

في هذه الحالة كالكسب ، ولا ذل في السؤال في هذه الحالة ، فقد أخبر الله تعالى عن
موسى وصاحبه أنهما أتيا أهل قرية استطعما أهلها . وقال عليه الصلاة والسلام لرجل من
أصحابه « هل عندك شيء فآكله ؟ » . قال (ومن كان له قوت يومه لا يجل له السؤال)
لقوله عليه الصلاة والسلام « من سأل الناس وهو غني عما يسأل جاء يوم القيامة ومسأله
خدوش أو خموش أو كدوح في وجهه » ولأنه أذل نفسه من غير ضرورة وأنه حرام .
قال عليه الصلاة والسلام « لا يجل للمسلم أن يذل نفسه » . قال (ويكره إعطاء سؤال
المساجد) فقد جاء في الأثر : ينادى يوم القيامة ليقم بغض الله ، فيقوم سؤال المسجد
(وإن كان لا يتخطى الناس ولا يمشي بين يدي المصلين لا يكره) وهو المختار ، فقد روى
أنهم كانوا يسألون في المسجد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روى أن عليا
رضي الله عنه تصدق بجثامه في الصلاة فدحه الله تعالى بقوله - ويؤتون الزكاة وهم راكعون -
وإن كان يمر بين يدي المصلي ويتخطى رقاب الناس يكره ، لأنه إغارة على أذى الناس
حتى قيل : هذا فلس يكفره سبعون فلسا . قال (ولا يجوز قبول هدية أمراء الجور) لأن
الغالب في ما لهم الحرمة . قال (إلا إذا علم أن أكثر ماله حلال) بأن كان صاحب تجارة
أو زرع فلا بأس به ، لأن أموال الناس لا تخلو عن قليل حرام والمعتبر الغالب ، وكذلك
أكل طعامهم . قال (ووليمة العرس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة ، قال عليه الصلاة
والسلام « أولم ولو بشاة » وهي إذا بنى الرجل بامرأته أن يدعو الجيران والأقرباء والأصدقاء
ويذبح لهم ويصنع لهم طعاما (وينبغي لمن دعي أن يجيب ، فإن لم يفعل أثم) لقوله عليه
الصلاة والسلام « من لم يجب الدعوة فقد عصي الله ورسوله » فإن كان صائما أجاب ودعا ،
وإن لم يكن صائما أكل ودعا ، وإن لم يأكل أثم وجفا لأنه استهزا بالمضيف ، وقال عليه
الصلاة والسلام « لو دعيت إلى كراع (١) لأجبت » . قال (ولا يرفع منها شيئا ولا
يعطى سائلا إلا بإذن صاحبها) لأنه إنما أذن له في الأكل دون الرفع والإعطاء . قال
(ومن دعي إلى وليمة عليها هو إن علم به لا يجيب) لأنه لم يلزمه حتى الإجابة .

(١) الكراع : مستدق الساق .

وَأِنْ كَمْ يَعْلَمُ حَتَّى حَضَرَ إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى مَنَعِهِمْ فَعَلَّ ، وَإِنْ كَمْ يَقْدِرُ
فَإِنْ كَانَ اللَّهُوَ عَلَى الْمَائِدَةِ لَا يَقْعُدُ ، وَإِنْ كَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَائِدَةِ ، فَإِنْ كَانَ
مُقْتَدَى بِهِ لَا يَقْعُدُ ، وَإِنْ كَمْ يَكُنْ مُقْتَدَى بِهِ فَلَا بَأْسَ بِالْقُعُودِ .

فصل

الْكِسْوَةُ : مِنْهَا قَرَضٌ ، وَهُوَ مَا يَسْتُرُ الْعَوْرَةَ وَيَدْفَعُ الْحَرَّ وَالْبَرْدَ ،
وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الْقُطْنِ أَوْ الْكَتَّانِ بَيْنَ النَّفِيسِ وَالْدُّنْيَا ، وَمُسْتَحَبٌّ ،
وَهُوَ سِتْرُ الْعَوْرَةِ ، وَأَخَذُ الزَّيْنَةِ :

(وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى حَضَرَ إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى مَنَعِهِمْ فَعَلَّ) لِأَنَّهُ نَهَى عَنْ مَنَكِرٍ (وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ ،
فَإِنْ كَانَ اللَّهُوَ عَلَى الْمَائِدَةِ لَا يَقْعُدُ) لِأَنَّ اسْتِئْجَالَ اللَّهُوَ حَرَامٌ وَالْإِجَابَةُ سُنَّةٌ ، وَالْامْتِنَاعُ عَنْ
الْحَرَامِ أَوْلَى مِنَ الْإِثْبَانِ بِالسُّنَّةِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَائِدَةِ ، فَإِنْ كَانَ مُقْتَدَى بِهِ لَا يَقْعُدُ)
لِأَنَّهُ فِيهِ شَيْنٌ لِلدِّينِ وَفُتِحَ بَابُ الْمَعْصِيَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَمَا رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ :
ابْتَلَيْتُ بِهَذَا مَرَّةً فَصَبِرْتُ كَانَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُقْتَدَى بِهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَدَى بِهِ فَلَا بَأْسَ
بِالْقُعُودِ) وَصَارَ كَتَشْيِيعِ الْجَنَازَةِ إِذَا كَانَ مَعَهَا نِيَاحَةٌ لَا يَتْرَكَ التَّشْيِيعَ وَالصَّلَاةَ عَلَيْهَا لَمَّا
عِنْدَهَا مِنَ النِّيَاحَةِ كَذَا هُنَا .

فصل

(الْكِسْوَةُ : مِنْهَا فَرَضٌ ، وَهُوَ مَا يَسْتُرُ الْعَوْرَةَ وَيَدْفَعُ الْحَرَّ وَالْبَرْدَ) قَالَ تَعَالَى - خَلُّوا
زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ - : أَيْ مَا يَسْتُرُ عَوْرَاتِكُمْ عِنْدَ الصَّلَاةِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَدَاءِ
الصَّلَاةِ إِلَّا بِسِتْرِ الْعَوْرَةِ وَخَلْقُهُ لَا يَحْتَمِلُ الْحَرَّ وَالْبَرْدَ فَيَحْتَاجُ إِلَى دَفْعِ ذَلِكَ بِالْكِسْوَةِ فَصَارَ
نَظِيرَ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ فَكَانَ فَرَضًا (وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الْقُطْنِ أَوْ الْكَتَّانِ) هُوَ الْمَأْثُورُ
وَهُوَ أَبْعَدُ عَنِ الْخِلَاءِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ (بَيْنَ النَّفِيسِ وَالْدُّنْيَا) لِئَلَّا يَحْتَقِرَ فِي الدُّنْيَا ،
وَيَأْخُذَ بِالْخِلَاءِ فِي النَّفِيسِ . وَعَنْ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « أَنَّهُ نَهَى عَنِ الشَّهْرَتَيْنِ »
وَهُوَ مَا كَانَ فِي نَهَايَةِ التَّفَاسَةِ ، وَمَا كَانَ فِي نَهَايَةِ الْخَسَاسَةِ ، وَخَيْرُ الْأُمُورِ أَوْسَطُهَا ،
وَيَنْبَغِي أَنْ يَلْبَسَ الْغَسِيلَ فِي عَامَةِ الْأَوْقَاتِ وَلَا يَتَكَلَّفُ الْجَدِيدَ . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
« الْبَذَاذَةُ مِنَ الْإِيمَانِ » وَهِيَ رِثَاةُ الْهَيْئَةِ ، وَمُرَادُهُ التَّوَاضُعُ فِي اللِّبَاسِ وَتَرْكُ التَّجَجُّعِ بِهِ :
(وَمُسْتَحَبٌّ : وَهُوَ سِتْرُ الْعَوْرَةِ وَأَخَذُ الزَّيْنَةِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « إِنْ اللَّهُ يَجِبُ

وَمُبَاحٌ ، وَهُوَ الثَّوْبُ الْجَمِيلُ لِلزَّيْنِ بِهِ فِي الْجُمُعِ وَالْأَعْيَادِ وَجَمَاعِ النَّاسِ .
وَمَكْرُوهٌ ، وَهُوَ اللَّبْسُ لِلتَّكْبَرِ وَالْخِيَلِ . وَيُسْتَحَبُّ الْأَبْيَضُ مِنَ الثِّيَابِ ،
وَيُكْرَهُ الْأَحْمَرُ وَالْمُعْصَفَرُ . وَالسَّنَةُ : إِرْخَاءُ طَرَفِ الْعِمَامَةِ بَيْنَ كَتِفَيْهِ ،
وَإِذَا أَرَادَ أَنْ يُجَدِّدَ لَفْظَهَا نَقَضَهَا كَمَا لَفْظَهَا .

فصل

الْكَلَامُ مِنْهُ مَا يُوجِبُ أَجْرًا كَالْتَسْبِيحِ وَالتَّحْمِيدِ ، وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ،
وَالْأَحَادِيثِ النَّبَوِيَّةِ وَعِلْمِ الْفِقْهِ ،

أَنْ يَرَى أَثَرَ نِعَمِهِ عَلَى عَبْدِهِ . (ومباح : وهو الثوب الجميل للزين به في الجمع والاعياد
وجماع الناس) فقد روى « أنه عليه الصلاة والسلام كان له جبة فنك (١) يلبسها يوم عيد ،
وأهدى له المقوقس قباء مكفوفاً بالحرير كان يلبسه للجمع والاعياد ولقاء الوفود » إلا أن
في تكلف ذلك في جميع الأوقات صلوا ومشقة ، وربما يغيظ المحتاجين فالتحرز عنه أولى .
(ومكرهه : وهو اللبس للتكبر ، الخلاء) لما بينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام للمقداد
ابن معد يكرب « كل والبس واشرب من غير خيلة » . (ويستحب الأبيض من الثياب)
لقوله عليه الصلاة والسلام « خير ثيابكم البيض » وقال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى
يحب الثياب البيض ، وإنه خلق الجنة بيضاء » . (ويكره الأحمر والمعصفر) ولا يظاهر بين
جبتين أو أكثر في الشتاء إذا وقع الاكتفاء بدون ذلك لأنه يغيظ المحتاجين ، وفيه تمجيد .
وكان عمر رضي الله عنه لا يلبس إلا الخشن ؛ واختيار الخشن أولى في الشتاء لأنه أدفع للبرد ،
واللين في الصيف فانه أنشف للعرق ؛ وإن لبس اللين في الوقتين لأبأس به ، قال تعالى
- قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده - . (والسنة : إرخاء طرف العمامة بين كتفيه)
هكذا فعله عليه الصلاة والسلام ، ثم قيل قدر شبر ، وقيل إلى وسط الظهر ، وقيل إلى
موضع الجلوس (وإذا أراد أن يجدد لفظها نقضها كما لفظها) ولا يلقها على الأرض دفعة
واحدة ، هكذا نقل من فعله صلى الله عليه وسلم .

فصل

(الكلام : منه ما يوجب اجرا كالتسبيح والتحميد وقراءة القرآن والأحاديث النبوية .
وعلم الفقه) قال تعالى - والذاكرين الله كثيرا والذاكرات أعد الله لهم مغفرة وأجرا عظيما -

(١) قال في مختار الصحاح : الفنك : ما يتخذ منه القرو .

وَمِنْهُ مَا لَا أَجْرَ فِيهِ وَلَا وَزَرَ كَقَوْلِكَ : قُمْ وَأَقْعَدْ ، وَأَكَلْتُ وَشَرِبْتُ وَنَحَوِهِ . وَمِنْهُ مَا يُوجِبُ الْإِثْمَ كَالْكَذِبِ وَالنَّمِيمَةِ وَالْغِيبةِ وَالشَّتِيمَةِ ، ثُمَّ الْكَذِبُ مُحْظُورٌ إِلَّا فِي الْقِتَالِ لِلْخُدْعَةِ ، وَفِي الصُّلْحِ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، وَفِي إِرْضَاءِ الرَّجُلِ الْأَهْلَ ، وَفِي دَفْعِ الظَّالِمِ عَنِ الظُّلْمِ . وَيُكْرَهُ التَّعْرِيزُ بِالْكَذِبِ إِلَّا لِلْحَاجَةِ ؛

وإبراهيم الذي وفي - فيكون إخبارا عما في شريعتهما فلا يلزمنا ، كيف وقد روينا عن نبينا عليه الصلاة والسلام خلافة ؟ . قال علي رضي الله عنه : هذا لقوم إبراهيم وموسى ، وأما هذه الأمة لهم ما سعوا وسعى لهم . الثاني أنها منسوخة بقوله تعالى - ألقنا بهم ذريتهم - أدخل الذرية الجنة بصلاح الآباء ، قاله ابن عباس . الثالث قال الربيع بن أنس : المراد بالإنسان هنا الكافر ، أما المؤمن له أجر ماسعى وسعى له . الرابع تجعل اللام بمعنى على وأنه جائز . قال : فخر صريعا للدين وللهم ، فيصير كأنه قال : وأن ليس على الإنسان إلا ماسعى فيحمل عليه توفيقا بين الآية والأحاديث ، ولأنه معنى صحيح لا خلاف فيه ولا يدخله التخصيص . الخامس أنه سعى في جعل ثواب عمله لغيره فيكون له ماسعى عملا بالآية . السادس أن السعى أنواع : منها بفعله وقوله ، ومنها بسبب قربته ، ومنها بصديق سعى في خلته ، ومنها بما يسعى فيه من أعمال الخير والصلاح وأمور الدين التي يحبه الناس بسببها فيدعون له ويجعلون له ثواب عملهم وكل ذلك بسبب سعيه ، فقد قلنا بموجب الآية فلا يكون حجة علينا . وأما الحديث فانه يقتضي انقطاع عمله ولا كلام فيه إنما الكلام في وصول ثواب عمل غيره إليه ، والحديث لا ينفيه ، على أن الناس عن آخرهم قد استحسنوا ذلك فيكون حسنا بالحديث . قال (ومنه ما لا أجر فيه ولا وزر كقولك : قم واقعد وأكلت وشربت ونحوه) لأنه ليس بعبادة ولا معصية ، ثم قيل لا يكتب لأنه لا أجر عليه ولا عقاب . وعن محمد ما يدل عليه ، فقد روى عن هشام عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال : إن الملائكة لا تكتب إلا ما كان فيه أجر أو وزر ، وقيل يكتب لقوله تعالى - ونكتب ما قلدتموا وآثارهم - الآية ، ثم يحصى ما لا جزاء فيه ويبقى ما فيه جزاء ، ثم قيل يحصى في كل اثنين وخميس وفيهما تعرض الأعمال . والأكثر أن على أنها تمحى يوم القيامة . قال (ومنه ما يوجب الإثم كالكذب والنميمة والغيبة والشتيمة) لأن كل ذلك معصية حرام بالنقل والعقل (ثم الكذب محظور إلا في القتال للخدعة ، وفي الصلح بين اثنين ، وفي إرضاء الرجل الأهل ، وفي دفع الظالم عن الظلم) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يصلح الكذب إلا في ثلاث : في الصلح بين اثنين ، وفي القتال ، وفي إرضاء الرجل أهله » ودفع الظالم عن الظلم من باب الصلح . قال (ويكره التعريض بالكذب إلا للحاجة)

وَلَا غِيْبَةَ لِظَالِمٍ يُؤْذِي النَّاسَ بِقَوْلِهِ وَفِعْلِهِ ، وَلَا إِثْمَ فِي السَّعْيِ بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ لِيَزْجُرَهُ . وَلَا غِيْبَةَ إِلَّا لِمَعْلُومِينَ ، فَلَوْ اغْتَابَ أَهْلَ قَرْيَةٍ فَلَيْسَ بِغِيْبَةٍ ؛ وَإِذَا أَدَّى الْفَرَائِضَ وَأَحَبَّ أَنْ يَتَنَعَّمَ بِمَنْظَرِ حَسَنِ وَجَوَارٍ جَمِيلَةٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ ، وَمَنْ قَنَعَ بِأَدْنَى الْكِفَايَةِ ، وَصَرَفَ الْبَاقِي إِلَى مَا يَنْتَفِعُهُ فِي الْآخِرَةِ فَهُوَ أَوْلَى .

كقولك لرجل كل ، فيقول أكلت : يعنى أمس فلا بأس به لأنه صادق في قصده . وقيل يكره لأنه كذب في الظاهر . قال (ولا غيبة لظالم يؤذى الناس بقوله وفعله) قال عليه الصلاة والسلام « اذكر وإلّا فجر بما فيه لكى تحذر الناس » (ولا إثم في السعى به إلى السلطان ليزجره) لأنه من باب النهي عن المنكر ومنع الظلم . قال (ولا غيبة إلا لمعلومين ، فلو اغتاب أهل قرية فليس بغيبة) لأن المراد مجهول فصار كالقذف ، وكره محمد لإرخاء السر على البيت لأنه نوع تكبر وفيه زينة ، ولا بأس بسر حيطان البيت بالبود ونحوه لدفع البرد لأن فيه منفعة ، ويكره للزينة وقد مر . قال (وإذا أدّى الفرائض وأحب أن يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة فلا بأس به) فإن النبي عليه الصلاة والسلام تسرى مارية أم إبراهيم مع ما كان عنده من الحرائر ، وعلى رضي الله عنه استولد محمد بن الحنفية مع ما كان عنده من الحرائر ؛ والأصل فيه قوله تعالى - قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده - الآية . قال (ومن قنع بأدنى الكفاية وصرف الباقي إلى ما ينفعه في الآخرة فهو أولى) لأن ما عند الله خير ، وأبقى .

واعلم أن الاقتصاد على أدنى ما يكفيه عزيمة وما زاد عليه من التمتع ونيل اللذات رخصة وقد قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه » وقال عليه الصلاة والسلام « بعثت بالحنيفية السهلة السمحة ولم أبعث الرهبانية الصعبة » وفي الحديث « لا يزول قدم عبد يوم القيامة حتى يسأل عن أربعة : عن عمره فيما أفناه ، وعن شبابه فيما أبلاه ، وعن ماله من أين اكتسبه وفيماذا صرفه ؟ » والذي يجب على المسلم أن يتمسك بخصال : منها التحرز عن ارتكاب الفواحش ما ظهر منها وما بطن ؛ ومنها المحافظة على أداء الفرائض في أوقاتها بواجباتها تامة كما أمر بها ؛ ومنها التحرز عن السحت واكتساب المال من غير حله . ومنها التحرز عن ظلم كل مسلم أو معاهد ، وما عدا ذلك فقد وسع الله تعالى علينا الأمر فيه ، فلا تضيقه علينا ولا على أحد من المسلمين . وفي الحديث « أن النبي عليه الصلاة والسلام وعظ الناس يوما وذكر القيامة ، فرق له الناس وبكوا ، فاجتمع عشرة في بيت عثمان بن مظعون ، وهم أبو بكر وعلي وابن مسعود وابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص وأبو ذر وسالم مولى أبي حذيفة والمقداد وسلمان الفارسي ومعتل بن مرقن ،

واتفقوا على أن يترهبوا ويجبوا مذاكيرهم ويلبسوا المسوح ويصوموا الدهر ويقوموا الليل ولا يناموا على الفرش ولا يأكلوا اللحم والودك ولا يقربوا النساء والطيب ويسبحوا في الأرض ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم : ألم أنبأ أنكم اتفقتم على كذا وكذا ؟ قالوا : بلى وما أردنا إلا خيرا ، فقال عليه الصلاة والسلام : إني لم أمر بذلك ، ثم قال : إن لأنفسكم عليكم حقا فصوموا وأفطروا وقوموا وناموا ، فإني أقوم وأناام وأصوم وأفطر وآكل اللحم والدسم وآتي النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني . ثم خطب فقال « ما بال أقوام حرّموا النساء والطعام والطيب والنوم وشهوات الدنيا ، أما إني لست آمركم أن تكونوا قسيسين ورهبانا ، فانه ليس في ديني ترك اللحم والنساء ولا اتخاذ الصوامع ، فان سياحة أمتي الصوم ، ورهبانيتهم الجهاد ، اعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا ، وحجوا واعتمرّوا ، وأقيموا الصلاة ، وآتوا الزكاة ، وصوموا رمضان ، واستقيموا يستقيم لكم ، فانما هلك من كان قبلكم بالتشديد ، شدّدوا على أنفسهم فشدد الله عليهم ، ونزل قوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم - إلى قوله - واتقوا الله الذي أنتم به مؤمنون - . »

تم الجزء الرابع من « الاختيار لتعليل المختار »

وبليه :

الجزء الخامس ، وأوله : كتاب الصيد

فهرس

الجزء الرابع من الاختيار لتغليل المختار

صفحة	صفحة
٥٤ فصل فيمن حلف لا يفعل شيئا فأمر غيره بفعله	٣ باب النفقة
٥٧ فصل فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لا يسه فزعه في الحال	٨ فصل وللمطلقة النفقة والسكنى في عدها بائنا كان أو رجعا
٦٢ فصل في الحين والزمان في التعريف والتكثير	١٠ فصل نفقة الأولاد الصغار على الأب إذا كانوا فقراء
٦٣ فصل في الحلف على حنطة أو خبز أو شواء أو نحو ذلك	١٤ فصل في الحضانة
٦٩ فصل فيمن حلف ليصعدن السماء ونحوه	١٧ كتاب العتق
٧٢ فصل فيمن حلف لا يصوم فتوى وصام ساعة	٢١ فصل من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
٧٦ فصل في النذر	٢٣ فصل من أعتق بعض عبده عتق
٧٩ كتاب الحدود	٢٨ باب التدبير
٨٤ فصل في بيان حد الزاني	٣٠ باب الاستيلاء
٨٩ فصل في حكم من وطئ جارية ولده	٣٥ كتاب المكاتب
٩٣ باب حد القذف	٣٨ فصل في الكتابة الفاسدة وأحكامها
٩٦ حكم القذف بغير الزنا	٤٠ فصل في حكم مالهو كاتب عبده كتابة واحدة
٩٧ باب حد الشرب	٤١ فصل في حكم موت المكاتب قبل أذانه نجوم كتابته
٩٩ كتاب الأشربة ، وأنواعها ، وبيان المحرم منها	٤٢ كتاب الولاء ، وأنواعه ، وسبب كل نوع منها ، وأحكامها
١٠٢ كتاب السرقة ، وحقيقتها ، وحدها	٥ كتاب الإيمان
	٤٩ فصل في بيان حروف القسم ، وفيما يكون به اليمين

صحيحة	صحيحة
١٤٢ فصل في حكم أرض العرب	١٠٧ فصل فيما لا قطع فيه وما فيه قطع
١٤٥ فصل في الردّة ، وأحكام المرتد	١٠٩ فصل في بيان محلّ القطع
١٥٠ فصل فيما يصير به الكافر مسلماً	١١٤ فصل في حكم قطاع الطريق
١٥١ فصل في الخوارج والبغاة	١١٧ كتاب السير
١٥٣ كتاب الكراهية	١٢٠ فصل إذا كان للمسلمين قوّة
١٥٧ فصل فيما يحلّ للنساء وما يحلّ للرجال	لا ينبغي لهم موادة أهل الحرب
١٦٠ فصل في الاحتكار	١٢١ حكم موادة المسلمين أهل الحرب (المدنة)
١٦٣ فصل في مسائل مختلفة.	١٢٢ فصل في الأمان
١٦٧ فصل في آداب ينبغي للمؤمن أن يحافظ عليها	١٢٤ فصل فيما يجوز لإمام المسلمين إذا فتح بلداً عنوة
١٦٨ فصل في المسابقة والرمي	١٢٦ فصل في الغنيمة وقسمتها
١٧٠ فصل في الكسب وأنواعه	١٢٨ فصل فيما ينبغي للإمام أن يفعله حين دخوله دار الحرب
١٧٧ فصل في بيان الفرض والمستحبّ والمباح والمكروه من إكسوة	١٣٣ فصل في حكم أموالنا إذا استولى عليها الكفار وأحرزوها بدارهم
١٧٨ فصل تقسيم الكلام إلى ما يوجب أجراً وإلى ما يوجب الإثم	١٣٦ فصل فيما يفعله الإمام مع الحربى إذا دخل دارنا بأمان

الأختيار لتعليل المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلى الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دققة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الخامس

مَنْ يَرِدِ اللَّهَ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهَهُ فِي الدِّينِ
[حديث شريف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصيد

وَهُوَ جَائِزٌ بِالْجَوَارِحِ الْمُعَلَّمَةِ وَالسَّهَامِ الْمُحَدَّدَةِ لِمَا يَحِلُّ أَكْلُهُ لِأَكْلِهِ
وَمَا لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ بِلَحْدِهِ وَشَعْرِهِ ، وَالْجَوَارِحُ ذُو نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَذُو
مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ ،

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصيد

وهو مصدر صاد يصيد وينطلق على المفعول ، يقال : صيد الأمير ، وصيد كثير ،
ويراد به المصيد ، ويشد : « صيد الملوك أرانب وثعالب » . ومثله الخلق والعلم ينطلق على
المخلوق والمعلوم . قال تعالى « هذا خلق الله » أى مخلوقه ، ولهذا قلنا إذا قال : وعلم الله
لا يكون يمينا لأن المراد معلومه .

قال (وهو جائز بالجوارح المعلمة والسهم المحددة لما يحل أكله لأكله ، وما لا يحل
أكله بلحده وشعره) أما الجواز فلقوله تعالى - وإذا حلتهم فاصطادوا - وقوله - أحل لكم
صيد البحر - الآية . وقوله - أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين - . وقوله
عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه » وقوله لعدي بن حاتم « إذا أرسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله عليه فكل ، وإذا رميت سهمك وذكر اسم الله عليه فكل » . قال
(والجوارح ذو ناب من السباع وذو مخلب من الطير) وهو أن يكون يكتب بنابه أو
مخلبه ويمتنع به ، لأن المراد من قوله من الجوارح التى تجرح ، وقيل الكواسب . ومكلبين :

وَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ الْجُرْحِ ، وَكَوْنِ الْمُرْسِلِ أَوْ الرَّامِي مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا ، وَذِكْرِ
اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ الْإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ ، وَأَنْ يَكُونَ الصَّيْدُ مُمْتَنِعًا ، وَلَا يَتَوَارَى
عَنْ بَصَرِهِ ، وَلَا يَقْعُدُ عَنْ طَلَبِهِ ، وَتَعْلِيمِ ذِي النَّابِ كَالْكَلْبِ وَنَحْوِهِ
تَرْكُ الْأَكْلِ ، وَذِي الْخَلْبِ كَالْبَازِي وَالصَّقْرِ وَنَحْوَهُمَا الْإِتْبَاعُ إِذَا أُرْسِلَ ،
وَالْإِجَابَةُ إِذَا دُعِيَ .

أى مسلطين ، واسم الكلب لغة ينطلق على كل سبيح حتى للأسد ، فيجوز الاصطياد بكل
ذئب من السباع لعموم الآية ، إلا ما كان نجس العين كالخنزير ، لأنه لا يحل الانتفاع
به . ولا يجوز الاصطياد بالأسد والذئب فأنهما لا يتعلمان ، وكذلك الدب حتى لو تعلموا
جاز . وعن أبي حنيفة في ابن عرس : إذا علم فتعلم جاز . قال (ولا بد فيه من الجرح
وكون المرسل أو الراى مسلما أو كتابيا ، وذكر اسم الله تعالى عند الإرسال والرمى ، وأن
يكون الصيد ممتنعا ، ولا يتوارى عن بصره ، ولا يقعد عن طلبه) أما الجرح ليتحقق اسم
البحارح ، ولأنه لا بد من إراقة الدم كالدكاة الاختيارية ، فلو قتله صيدا أو جثما أو خنقا
لم يؤكل لعدم الجرح ، وأما صفة المرسل فلأنه كالذبيح ولا يجوز ذبح غيرهما ؛ وأما ذكر
اسم الله تعالى فلقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله فكل »
شروط التسمية لحل الأكل ؛ وأما كونه ممتنعا فلأن الصيد اسم للممتنع ، ولأن الجرح إنما
جعل ذكاة ضرورة العجز عن الذكاة الاختيارية ، والعجز إنما يكون في الممتنع حتى أورى
ظنبا مهروطا وهو يظن أنه صيد فأصاب ظنبا آخر لم يؤكل ، لأن باربط لم يبق صيدا ؛
ولورى بعيرا نادا فأصاب صيدا آخر أكل لأنه لما ند صار صيدا ؛ وقوله لا يتوارى عن
بصره ولا يقعد عن طلبه ، فانه صلى الله عليه وسلم كره أكل الصيد إذا غاب عن الراى
وقال « لعل هوام الأرض قتلته » ولأن احتمال الموت بسبب آخر موجود فلا يحل به ،
والموهوم كالمحقق لما مر ، إلا أنه سقط اعتباره إذا لم يقعد عن طلبه لأنه لا يمكنه الاحتراز
عنه . وفي الحديث « كل ما أصنميت ودع ما أنميت » أصنميت الصيد : إذا رميته فقتلته
وأنت تراه ، وقد صمى الصيد يصمى : إذا مات وأنت تراه ، ورميت الصيد فأنميت إذا غاب
عنك ثم مات ، هكذا فسر ه صاحب الصحاح . قال (وتعليم ذئب الناب كالكاب ونحوه
ترك الأكل ، وذئب الخلب كالبازي والصقرو نحوهما الاتباع إذا أرسل والإجابة إذا دعى)
روى ذلك عن ابن عباس ، ولأن التعليم بترك العادة الأصلية ، وعادة ذئب الخلب النفر ،
فاذا أجاب إذا دعى فقد ترك عادته وصار معلما ، وعادة ذئب الناب الافتراس والأكل ،
فاذا ترك الأكل فقد ترك عادته فصار معلما ؛ ولأن التعليم بترك الأكل إنما يكون بالضرب
حالة الأكل وجثة الطير لا تختمل الضرب ، أما الكلب يختمله فأمكن تعليمه بالضرب

وَلَوْ أَرْسَلَهُ وَلَمْ يُسَمَّ ثُمَّ زَجَرَهُ وَسَمَّى ، أَوْ أَرْسَلَهُ مُسْلِمٌ فَزَجَرَهُ مُجُوسِيٌّ
أَوْ بِالْعَكْسِ ، فَالْمُعْتَبَرُ حَالَةُ الْإِرْسَالِ ، فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ لَمْ يُؤْكَلْ ،
وَلَوْ شَرِبَ دَمَهُ أُكِلَ ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ قِطْعَةً فَرَمَاهَا ثُمَّ أَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ
ثُمَّ أَكَلَ مَا أَلْقَاهُ أُكِلَ ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْبَازِي يُؤْكَلُ ، وَإِنْ أَدْرَكَهُ حَيًّا
لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالتَّذَكِّيَةِ وَكَذَلِكَ فِي الرَّمْيِ ،

الصيد وفتر عن سننه ثم أتبع صيدا فأخذه لم يؤكل لأنه غير مرسل ، والإرسال شرط بقوله
تعالى - مكلين - أى مسطين ، فإن زجره صاحبه فانزجر حل ، لأن الزجر كارسال
مستأنف ، ولو انفلت فصاح به وسعى ، فان انزجر بصياحه حل وإلا فلا . قال (ولو
أرسله ولم يسم ثم زجره وسعى ، أو أرسله مسلم فزجره مجوسى أو بالعكس ، فالمعتبر حالة
الإرسال) وكذا لو أرسله مسلم فزجره مرتد أو محرم فانزجر ، وكذا لو ترك التسمية عامدا
ثم زجره مسلم وسعى لم يحل ، لأن الحكم مضاف إلى الإرسال الأول وبه تسلط وتكلب
وما بعده تقوية للإرسال وتحريض للكلب فيعتبر حالة الإرسال ، فإذا صدر صحيحا لا ينقلب
فاسدا ، وإذا صدر فاسدا لا ينقلب صحيحا بالزجر ، ولو أرسل كلبه المعلم فرد عليه الصيد
كلب غير معلم أو غير مرسل فأخذه الأول لم يؤكل ، ولورده عليه آدمى أو دابة أو طير
أو مجوسى حل ، لأن أخذ الكلب ذبح حكما ولا يصلح أحد هؤلاء مشاركا إياه في الذبح ،
والكلب الجاهل يصلح مشاركا لأنه جارح بنفسه فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم كما لو مد
القوس مسلم ومجوسى فأصابا صيدا فانه يحرم ولولم يردّه عليه ولكنه شدّ عليه وأتبع أثر
المرسل حتى قتله الأول أكل ، لأن الثانى محرض لاشارك . قال (فان أكل منه الكلب
لم يؤكل) لأنه غير معلم لما بينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « فان أكل منه فلا تأكل
فانما أمسك على نفسه » (ولو شرب دمه أكل) لأن ذلك غاية التعليم (ولو أخذ منه قطعة
فرماها ثم أخذ الصيد وقتله ثم أكل ما ألقاه أكل) لأنه لم يبق صيدا ، حتى لو أكل من نفس
الصيد في هذه الحالة لا يضره فهذا أولى . قال (فان أكل منه البازى يؤكل) وقد مر . قال
(وإن أدركه حيا لا يحل إلا بالتذكية ، وكذلك في الرمي) لأنه قدر على الذكاة الاختيارية
فلا تجزئ الاضطرارية لاندفاع الضرورة وهذا إذا قدر على ذبحه ، فان أدركه حيا ولم
يتمكن من ذبحه إما لفقد آلة أو لضيق الوقت وفيه من الحياة فوق حياة المذبوح لم يؤكل .
وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يؤكل إذا لم يقدر على الذكاة حقيقة فصار كالمتيهم إذا
وجد الماء ولم يقدر على استعماله ، وجه الظاهر أنه لما قدر عليه وبه حياة لم يبق صيدا
فلا يحل إلا بالذكاة الاختيارية وهذا إذا كان بحال يتوهم حياته ؛ أما إذا بقى فيه من الحياة
مثل المذبوح أو بقر بطنه وأخرج ما فيها ثم أخذه وبه حياة فانه يحل لأنه ميت حكما ،

المِعْرَاضُ الْجِلْدَ بِحَدِّهِ أَكِيلٌ ، وَإِنْ رَمَاهُ بِسَيْفٍ أَوْ سِكِّينٍ فَأَبَانَ عَضْوًا مِنْهُ أَكِيلَ الصَّيْدِ ، وَلَا يُؤْكَلُ الْعَضْوُ ، وَإِنْ قَطَعَهُ نِصْفَيْنِ أَكِيلٌ ، وَإِنْ قَطَعَهُ أَثْلَاثًا أَكِيلَ الْكُلِّ . إِنْ كَانَ الْأَقْلُ مِنْ جِهَةِ الرَّأْسِ ؛ وَمَنْ رَمَى صَيْدًا فَأَثَخْتَهُ ثُمَّ رَمَاهُ آخَرَ فَقَتَلَهُ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَيَضْمَنُ الثَّانِي لِلأَوَّلِ قِيَمَتَهُ غَيْرَ نَقْصَانٍ جِرَاحَتِهِ ،

المعروض الجلد بحدِّه أَكِيلٌ (قال عليه الصلاة والسلام فيه « ما أصاب بحدِّه فكل ، وما أصاب بعرضه فلا تأكل » وإن جرحته الحجر إن كان ثقيلا لم يؤكل لاحتمال أنه قتله بثقله ، وإن كان خفيفا وبه حد لا يحل لأنها قتلت بحدِّها ؛ ولو رماه بها فأبان رأسه أو قطع العروق لا يؤكل ، لأن العروق قد تنقطع بالثقل فوق الشك ، ولعله مات قبل قطع العروق ، ولو كان للعصا حد فجرحت يؤكل لأنها بمنزلة الحد . فالحاصل أن الموت إن كان بجرح يقيّن حل ، وإن كان بالثقل لا يحل ، وكذا إن وقع الشك احتياطاً . قال (وإن رماه بسيف أو سكين فأبان عضواً منه أَكِيلُ الصَّيْدِ) لوجود الجرح في الصيد وهو ذكاته (ولا يؤكل العضو) قال عليه الصلاة والسلام « ما أين من الحى فهو ميت » . قال (وإن قطعه نصفين أَكِيلٌ) لأن المبان منه ليس بحى ، إذ لا يتوهم بقاء حياته . قال (وإن قطعه أثلاثاً أَكِيلُ الْكُلِّ) إن كان الأقل من جهة الرأس لما تقدّم بخلاف ما إذا كان الأقل مما يلي العجز ، لأنه يتوهم حياته فلا يؤكل ؛ وإن رماه بسيف أو سكين فإن جرحه بالحد حل ، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لأنه وقد (١) لاجرح ؛ ولو رماه فجرحه وأدماه حل ، وإن لم يدمه لا يحل لأن الإدماء شرط . قال عليه الصلاة والسلام « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار ، وقيل يحل لأن الدم قد ينحبس لغلظه وضيق المنفذ ، وعلى هذا إذا علق الشاة بالعناب فذبحت ولم يسل منها الدم . وقال بعضهم : إن كانت الجراحة كبيرة حل بدون الإدماء ، وإن كانت صغيرة لا بد من الإدماء . قال (ومن رمى صيدا فأثخنته ثم رماه آخر فقتله لم يؤكل) لأن بالإثخان صارت ذكاته اختيارية فصار بالجرح الثانى ميتة ، وهذا إذا كان بحال ينجو من الرمية الأولى ليكون موته مضافاً إلى الثانية ، وإن كان بحال لا يسلم من الأولى بأن قطع رأسه أو بقر بطنه ونحوه يحل لأن وجود الثانية كعدمها . قال (ويضمن الثانى للأول قيمته غير نقصان جراحته) لأنه أنلف عليه صيدا مملوكاً له ، لأنه ملكه حيث أثخنه فخرج عن جيز الامتناع فلا يطبق

(١) قوله وقد ، قال فى مختار الصحاح : وقذه : ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت ، وبابه وعد ؛ وشاة موقوذة : قتلت بالحشب .

وَلَا يَشْخِنُهُ الْأَوَّلُ الْأَكِلَ وَهُوَ لِلثَّانِي .

كتاب الذبائح

والذِّكَاةُ اخْتِيَارِيَّةٌ ، وَهِيَ الذَّبْحُ فِي الْحَلْقِ وَاللِّبَّةِ . وَاضْطِرَّارِيَّةٌ ، وَهِيَ الْجُرْحُ فِي أَى مَوْضِعٍ اتَّفَقَ ، وَشَرَطُهُمَا التَّسْمِيَةُ ، وَكَوْنُ الذَّابِحِ مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا ،

براحا وهو معيب بالجراحة ، والقيمة تجب عند الإلتلاف . قال (وإن لم يشخنه الأول أكل) لأنه صيد على حاله (وهو الثاني) لأنه هو الذى أخذه ، قال عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه » .

كتاب الذبائح

وهو جمع ذبيحة ، والذبيحة : المذبوحة ، وكذلك الذبيح ، قال الله تعالى - وفديناه بذبح عظيم - والذبيح مصدر ذبح بذبح ، وهو الذكاة أيضا ، قال تعالى - إلا ما ذكيت - أى ذبحت . (والذكاة) نوعان (اختياريّة ، وهى الذبيح فى الحلق واللبة) قال عليه الصلاة والسلام « الذكاة ما بين اللبة واللحين » أى موضع الذكاة ، وهى قطع عروق معلومة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى . قال (واضطراريّة : وهى الجرح فى أى موضع اتفق) وهى مشروعة حالة العجز عن الاختياريّة ، وذلك مثل الصيد والبعير النادى ، فلو رماه فقتله حلّ أكله لأن الجرح فى غير المذبح أقيم مقام الذبيح عند تعذر الذبيح للحاجة ، والبقر والبعير لو نذرا فى الصحراء أو المصر بمنزلة الصيد ، وكذلك الشاة فى الصحراء ، ولو نذرت فى المصر لا تحلّ بالعقر لأنه يمكن أخذها ، أما البقر والبعير فربما عضه البعير ونطحه البقر فتحقق العجز فيها ، والمتردى فى بئر لا يقدر على ذكاته فى العروق كالصيد إذ لا يتوهم موته بالماء . قال (وشروطهما التسمية ، وكون الذابح مسلما أو كتابيا) أما التسمية فلقوله تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صواف - والمراد حالة النحر بدليل قوله - فاذا وجبت جنوبها - أى سقطت بعد النحر ، وما مرّ من حديث عدىّ فى الصيد وقوله فيه « فلأنما سميت على كلبك » فلو تركها عامدا لا تحلّ ، لقوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق - ولم ينقل فى ذلك خلاف عن الصدر الأوّل ، وإنما اختلفوا فى متروك التسمية ناسيا ، فالقول بإباحة متروك التسمية عامدا مخالف للإجماع ، ولهذا قال أصحابنا : إذا قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ لأنه قول مخالف للكتاب والإجماع ، والكتاني فيه كالمسلم ، ولأن ما ذكرنا من النصوص منها أمر بالتسمية ، ومنها جعلها شرطا لحلّ الأكل ، وذلك يدلّ على حرمة

فَإِنْ تَرَكَ التَّسْمِيَةَ نَاسِيًا حَلًّا ؛ وَإِنْ أَضْجَعَ شَاةً وَسَمَّى فَدَبَّحَ غَيْرَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ لَمْ تُؤْكَلْ ، وَإِنْ دَبَّحَ بِشَفْرَةٍ أُخْرَى أُكِلَ ؛ وَيُكْرَهُ أَنْ يَدَّكُرَ مَعَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى اسْمَ غَيْرِهِ ، وَأَنْ يَقُولَ : اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنِّي فُلَانٌ .

المتروك عامدا ؛ وأما كون الذابح مسلما لقوله تعالى - إلاما ذكيتم - خطاب للمسلمين ؛ وأما الذي فلقوله تعالى في طعام الذين أوتوا الكتاب - حل لكم وطعامكم حل لهم - . وقال عليه الصلاة والسلام في المجوس « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نساءهم ولا آكل ذبائحهم » فدل على حل ذبائح أهل الكتاب ، فان سمي النصراني المسيح وسمعه المسلم لا يأكل منه ، ولو قال بسم الله وهو يعنى المسيح يأكل منه بناء على الظاهر ، ويشترط أن يكون يعقل التسمية ويضبطها ويقدر على الذبح ، فتحل ذبيحة المرأة المسلمة والكتابية والصبي إذا قدر على الذبح ، والمرتد لامله له فلا تجوز ذبيحته ، ويجوز صيد المجوسى والمرتد السمك والجراد لأنه لا ذكاة له فحله غير منوط بالتسمية . قال (فان ترك التسمية ناسيا حل) لأن في تحريمه حربا عظيما ، لأن الإنسان قلما يخلو عن النسيان فكان في اعتباره حرج . وسئل عليه الصلاة والسلام عن نسي التسمية على الذبيحة ، فقال « اسم الله على لسان كل مسلم » . ولأن الناسى غير مخاطب بما نسيه بالحديث فلم يترك فرضا عليه عند الذبح بخلاف العامد . قال (وإن أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لم تؤكل ، وإن ذبح بشفرة أخرى أكل) ولو أخذ سهما وسمى ثم وضعه فأخذه غيره ولم يسم لا يجل ، ولو سمي على سهم فأصاب صيدا آخر حل ؛ والفرق أن التسمية في الذبح مشروطة على الذبيحة ، قال تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صواف - فاذا تبدلت الذبيحة ارتفع حكم التسمية عليها ؛ وفي الرمي والإرسال التسمية مشروطة على الآلة ، قال عليه الصلاة والسلام « إذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل » وقال « فإمما سميت على كلبك » فما لم تبدل الآلة فالتسمية باقية ، وإذا تبدلت ارتفع حكمها فاحتاج إلى تسمية أخرى . قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى اسم غيره ، وأن يقول : اللهم تقبل من فلان) لأن الشرط هو الذكر الخالص ، لقول ابن مسعود : جردوا التسمية ، فاذا ذكر اسم غير الله تعالى مع اسم الله تعالى ؛ فاما إن ذكره موصولا به أو مفصولا ، فان فصل فلا بأس بأن ذكره قبل التسمية أو قبل الإضجاع أو بعد الذبيحة لأنه لا مدخل له في الذبيحة . وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال بعد الذبح « اللهم تقبل هذه من أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ » وإن ذكره موصولا ، فاما إن كان معطوفا أو لم يكن ، فان كان معطوفا حرمت ، لأنه أهل به لغير الله بأن يقول : باسم الله واسم فلان ، أو باسم الله وفلان ، أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال ، ولو رفعها لا يحرم لأنه كلام

وَالسَّنَةُ نَحْرُ الْإِبِلِ وَذَبْحُ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، فَإِنْ عَكَسَ فَذَبَحَ الْإِبِلَ وَنَحَرَ الْبَقَرَ وَالْغَنَمَ كَرِهَ وَيُؤْكَلُ . وَالْعُرُوقُ الَّتِي تَقْطَعُ فِي الذَّكَاءِ : الْحَلْقُومُ وَالْمَرِيُّ وَالْوَدَجَانِ ، فَإِنْ قَطَعَهَا حَلَّ الْأَكْلُ ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَطَعَ ثَلَاثَةً (س) مِنْهَا ؛

مستأنف غير متعلق بالذبيحة ، وإن كان موصولا غير معطوف بأن قال : باسم الله محمد رسول الله لا يحرم لأنه لما لم يعطف لم توجد الشركة فيقع الذبح خالصا لله تعالى إلا أنه يكره لأنه لصورة المحرم من حيث القرآن في الذكر ؛ ولو قال عند الذبح : اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء ، ولو قال : الحمد لله أو سبحان الله ينوي التسمية حل ، والمنقول المتوارث من الذكر عند الذبح : بسم الله الله أكبر ، وكذا فسر ابن عباس رضي الله عنهما قوله - فاذكروا اسم الله عليها صواف - . قال (والسنة نحر الإبل وذبح البقر والغنم ، فان عكس فذبح الإبل ونحر البقر والغنم كره ويؤكل) قال تعالى - فصل لربك وانحر - قالوا : المراد نحر الجزور . وقال - إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة - وقال - وفديناه بذبح عظيم - والذبح : ما يذبح وكان كبشا ، وهو المتوارث من فعل النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة إلى يومنا هذا ؛ وإنما كره إذا عكس لمخالفته السنة ، ويؤكل لوجود شرط الحل وهو قطع العروق وإسهار الدم . قال (والعروق التي تقطع في الذكاة : الحلقوم والمرى والودجان) وقال الكرخي : الذكاة في الأوداج ، والأوداج أربعة : الحلقوم ، والمرى ، والعرقان اللذان بينهما ، وأصله قوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت » وهو اسم جمع فيتناول ثلاثة ، وهو المرى والودجان ، ولا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فثبت قطع الحلقوم اقتضاء (فإن قطعها حل الأكل) لوجود الذكاة (وكذلك إذا قطع ثلاثة منها) أي ثلاثة كانت . وقال أبو يوسف : لا بد من قطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين . وعن محمد أنه يعتبر الأكثر من كل عرق . وذكر القدوري قول محمد مع أبي يوسف ، وحمل الكرخي قول أبي حنيفة ، وإن قطع أكثرها حل . على ما قاله محمد ، والصحيح ما ذكرنا . لمحمد أن الأمر ورد بفري العروق ، وكل واحد منفصل عن الباقيين أصل بنفسه فلا يقوم غيره مقامه ، إلا أنه إذا قطع أكثره فكأنه قطعه إقامة للأكثر مقام الكل ، ولأن المقصود يحصل بقطع الأكثر ؛ ألا يرى أنه يخرج به ما يخرج بقطع جميعه ، ولأن الذبح قد يبتى اليسير من العروق فلا اعتبار به . ولأبي يوسف رحمه الله أن كل واحد منهما يقصد بقطعه غير ما يقصد بقطع الآخر ، فان الحلقوم مجرى النفس ، والمرى مجرى الطعام ، والودجين مجرى الدم ، فاذا قطع أحد الودجين حصل المقصود بقطعهما ، وإذا ترك الحلقوم أو المرى لا يحصل المقصود من قطعه بقطع ما سواه . ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في الأصول ، فبقطع أي ثلاث كان حصل قطع الأكثر ؛

وَيَحْجُوزُ الذَّبِيحُ بِكُلِّ مَا أَفْرَى الْأَوْدَاجَ وَأَنْهَرَ الدَّمَ ، إِلَّا السِّنَّ الْقَائِمَةَ وَالظَّفَرَ الْقَائِمَ . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُجِدَّ شَفْرَتَهُ ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَبْلُغَ بِالسَّكِينِ الشَّخَاعَ ، أَوْ يَقْطَعَ الرَّأْسَ وَتَوْكُلُ ؛ وَيُكْرَهُ سَلْخُهَا قَبْلَ أَنْ تَبْرُدَ ، وَمَا اسْتَأْنَسَ مِنَ الصَّيْدِ فَذَكَاتُهُ اخْتِيَارِيَّةٌ ، وَمَا تَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ فَاضْطِرَارِيَّةٌ ؛

ولأن المقصود يحصل بذلك ، وهو إنهار الدم والتسبب إلى إزهاق الروح ، لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام ، والدم يجري بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب . قال (ويجوز الذبيح بكل ما أفرى الأوداج وأنهر الدم ، إلا السن القائمة والظفر القائم) لقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت وكل » وقوله « أنهر الدم بما شئت » وقال عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ، ما خلا السن والظفر فانهما مدى الحبشة » والحبشة كانوا يذبحون بهما قائمين ، ولأن القتل بهما قائمين يحصل بقوة الآدمي وثقله فأشبه المنخقة ، ولو ذبح بهما منزوعين لأبأس بأكله ويكره . أما الكراهة فلظاهر الحديث وأنه استعمال لجزء الآدمي وأنه جرم ، ولا بأس به لما ذكرنا من المعنى والحصول المقصود ، وهو إنهار الدم وقطع الأوداج . ونص محمد على أن المذبوح بهما قائمين ميتة لأنه وجد فيه نصا ، وما لا يجد فيه نصا يتحرى فيقول في الحل « لا بأس به ، وفي الحرمة لا يؤكل أو يكره . قال (ويستحب أن يجد شفرته) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » ورأى عليه الصلاة والسلام رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته ، فقال : هلا حددتها قبل أن تضعها ؟ . قال (ويكره أن يبلغ بالسكين الشخاع أو يقطع الرأس وتؤكل) والشخاع عرق أبيض في عظم الرقبة ، لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى أن تنزع الشاة إذا ذبحت » وفسروه بما ذكرنا ، وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ويؤكل لوجود المقصود ، لأن هذه الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم فلا يوجب التحريم . قال (ويكره سَلْخُهَا قَبْلَ أَنْ تَبْرُدَ) أي يسكن اضطرابها ، وكذا يكره كسر عنقها قبل أن تبرد لما فيه من تألم الحيوان وبعد ذلك لألم فلا يكره . وفي الحديث « ألا لاتنزعوا الذبيحة حتى تجب » أي لاتقطعوا رقبته وتفصلوها حتى تسكن حركتها ، وإن ذبح الشاة من قفاها إن ماتت قبل قطع العرق فهي ميتة لوجود الموت بدون الذكاة ، وإن قطعت وهي حية حلت لأنها ماتت بالذكاة ، كما إذا جرحها ثم ذبحها ، إلا أنه يكره فعله لما فيه من زيادة الألم من غير فائدة . قال (وما استأنس من الصيد فذكاته اختيارية) للقدرة عليها (وما توحش من النعم فاضطرارية) للعجز عن الاختيارية .

وإذا كان في بطن المذبوح جنين ميت لم يؤكل (سم) ، وإذا ذبح ما لا يؤكل
لحمه طهر جلده ولحمه إلا الخنزير والآدمي .

فصل

ولا يحل أكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير ،

قال (وإذا كان في بطن المذبوح جنين ميت لم يؤكل) وقالوا : إذا تم خلقه أكل وإلا فلا ،
لقوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الجنين ذكاة أمه » ولأنه جزء الأم متصل بها يتغذى
بغذاؤها ويتنفس بتنفسها ويدخل في بيعها ويعتق باعتاقها ، فيتذكى بذكاتها كسائر أجزائها .
ولأبي حنيفة أنه حيوان بانفراده حتى يتصور حياته بعد موتها فيفرد بالذكاة ، ولهذا يعتق
باعتناق مفرد ، وتجب فيه الغرة وتصح الوصية به وله دونها ، ولأنه حيوان دموى لم يخرج
دمه فصار كالمنخقة ، لأن ذكاة الأم لا يخرج دمه بخلاف الصيد ، لأن الجرح موجب
لخروج الدم ، ولأنه احتمل موته بذبح الأم واحتمل قبله فلا يحل بالشك ، والحديث
روى بالنصب بنزع الخافض فدل على تساويهما في الذكاة لقوله تعالى - ينظرون إليك
نظر المغشى عليه من الموت - وعلى رواية الرفع احتمل التشبيه أيضا كقوله تعالى - وجنة
عرضها السموات والأرض - فيحمل عليه توفيقا ، ولهذا كره أبو حنيفة ذبح الشاة الحامل
التي قربت ولادتها لما فيه من إضاعة الولد ، وعندهما لا يكره لأنه يؤكل عندهما . قال
(وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الخنزير والآدمي) فإن الذكاة لا تعمل
فيهما ، لأن الذكاة تزيل الرطوبات وتخرج الدماء السائلة ، وهي المنجسة لآذات اللحم
والجلد فيطهر كما في الدباغ . أما الآدمي فلكرامته وحرمة ، والخنزير لنجاسته وإهانته
فلا تعمل الذكاة فيهما كما لا يعمل الدباغ في جلدهما وقد مر في الطهارة ؛ ولو ذبح شاة
مريضة فلم يتحرك منها شيء إلا فهي . قال محمد بن سلمة : إن فتحت فاهما وعينها ومدت
رجلها ونام شعرها لم تؤكل ، وإن كان على العكس أكلت .

فصل

(ولا يحل أكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير) لأنه عليه الصلاة
والسلام « نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع » وقوله عقيب النوعين من السباع
ينصرف إليهما فيثبت الحكم فيما له مخلب وناب من سباع الطير والبهائم دون غيرهما ، والسبع
كل جارح قتال منتهب متعد عادة كالأسد والثور والفهد والذئب والثعلب والدب والفيل
والقرد واليربوع وابني عرس والسنور البرى والأهلى ؛ وذو المخلب من الطير : الصقر

ولا تحيل الحمر الأهلية ولا البغال ولا الخيل (سم) ،

والبازي والنسر والعقاب والشاهين والحدأة . قال أبو حنيفة: الدلق (١) والسنجاب (٢) والفنك (٣) والسمور (٤) وما شابه سبع ؛ ولا يؤكل ابن عرس لأنها ذات أنياب فدخلت تحت النص ، وفي الحديث نهى عن أكل الحظفة والنبهة والمجثم ، فالحظفة : التي تختطف في الهواء كالبازي ونحوه ، والنبهة : الذي ينتهب على الأرض كالذئب والكلب ونحوه ، والمجثم : فقد روى بالفتح والكسر فبالفتح كل صيد جثم عليه الكلب حتى مات غما ، وبالكسر كل حيوان من عادته أن يجثم على الصيد كالذئب والكلب ؛ ومعنى تحريم هذه الأشياء كرامة لبني آدم لئلا يتعدى إليهم شيء من هذه الخصال الذميمة بالأكل ؛ وكل ما ليس له دم سائل حرام إلا الجراد ، مثل الذباب والزناير والعقارب ، وكذا سائر هوام الأرض وما يدب عليها وما يسكن تحتها ، وهي الحشرات كالقاراة والوزغة واليربوع والقنفذ والحية ونحوها ، لأن جميع ذلك من الخبائث فيحرم لقوله تعالى - ويحرم عليهم الخبائث - . قال (ولا تحل الحمر الأهلية ولا البغال ولا الخيل) لقوله تعالى - والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة - خرجت في معرض الامتنان ، فلو جاز أكلها لذكره ، لأن نعمة الأكل أعظم من نعمة الركوب . وعن علي وابن عمر رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن متعة النساء » . وقال أبو يوسف ومحمد : لحم الخيل حلال لما روى عن أنس قال : أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في الخيل » . ولأبي حنيفة ما تلونا من الآية . وما روى خالد بن الوليد « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير الأهلية » وروى المقدم بن عدى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « حرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير » ولأن البغل وهو نتاجه لا يؤكل فلا يؤكل الفرس ، لأن أكل التاج معتبر بأمه ؛ ألا ترى أن الحمار الوحشي لو نزا على الأتان الأهلية لا يؤكل ؟ فكذا هذا .

(١) الدلق محركة : دوية كالسمور ، وهو فارسي معرب ، كذا في القاموس .

(٢) السنجاب ، قال في المنجد : والسنجاب حيوان كاليربوع تتخذ منه الفراء ، ويضرب به المثل في خفة الصعود .

(٣) قال في القاموس : الفنك بالتحريك : دابة فروتها أطيب أنواع الفراء وأشرفها وأعدلها .

(٤) قال في المنجد : السمور : حيوان برى يشبه السنور يتخذ من جلده فراء ثمينة .

وَيُكْرَهُ الرِّخْمُ وَالْبُغَاثُ وَالْغُرَابُ وَالضَّبُّ وَالسَّلْحَفَةُ وَالْحَشْرَاتُ ، وَيَجُوزُ غُرَابُ الزَّرْعِ وَالْعَقَّعِيُّ وَالْأَرْنَبُ وَالْجَرَادُ ، وَلَا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانَ الْمَاءِ إِلَّا السَّمَكُ ، وَلَا يُؤْكَلُ الطَّائِيُّ مِنَ السَّمَكِ .

قال (ويكره الرخم (١) والبغاث والغراب) لأنها تأكل الجيف فكانت من الجبائث ، إذ المراد الغراب الأسود وكذلك الغداف (٢) . قال (والضَّبُّ) لما روت عائشة رضي الله عنها « أنه أهدى إلى النبي عليه الصلاة والسلام ضباً فامتنع من أكله ، فجاءت سائلة فأرادت عائشة أن تطعمها ، فقال لها : أنطعمين ما لا تأكلين ؟ » ولولا حرمة لما منعها عن التصديق كما في شاة الأنصار . قال (والسَّلْحَفَةُ) لأنها من الفواسق (والحشرات) بدليل جواز قتلها للمحرم . قال (ويجوز غراب الزرع والعققي والأرنب والجراد) قال أبو يوسف غراب الزرع له هيئة مخالفة للغراب في صغر جثته ، وأنه يدّخر في المنازل ويؤلف كالحمام ويطير ويرجع ، والعققي يخلط في أكله فأشبهه الدجاج والأرنب ، لما روى عمار بن ياسر قال « أهدى لرسول الله عليه الصلاة والسلام أرنبه مشوية فقال لأصحابه كلوا » . قال أبو يوسف : أما الوبر (٣) فلا أحفظ فيه شيئاً عن أبي حنيفة وهو عندي كالأرنب وهو يختلف القول والنبت ، وهذا لأن الأشياء على الإباحة إلا ما قام عليه دليل الحظر ، وأما الجراد فلقوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان ؛ أما الميتتان : فالسمك والجراد ؛ وأما الدمان : فالكبد والطحال » وسواء مات حتف أنفه أو أصابته آفة كالمنجذ ونحوه لإطلاق النص . قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) لأنه ميتة فيحرم بالنص ، وإنما حل السمك بما رويناه من الحديث وأنه يشمل جميع أنواعه الجريث والمارماهي وغيرهما . وعن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه سئل عن الضفدع يجعل شحمه في الدواء فنهى عن قتل الضفدع وقال : خبيثة من الجبائث » . قال (ولا يؤكل الطائي من السمك) وهو ما مات حتف أنفه ، لما روى جابر رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الطائي » . وعن علي رضي الله عنه : لا تتبعوا في أسواقنا الطائي . وعن ابن عباس أنه قال : ما دسره البحر فكله ، وما وجدته مطفوناً على الماء فلا تأكله . ومات من الحر أو البرد أو كدر الماء روى أنه يؤكل لأنه مات بسبب حادث كما لو ألقاه الماء على اليبس . وروى أنه لا يؤكل ، لأن الحر والبرد من صفات الزمان وليس من حوادث الموت عادة ؛ ولو ابتلعت سمكة سمكة تؤكل لأنه سبب حادث للموت . قال أبو يوسف عن أبي حنيفة :

(١) قوله الرخم ، قال في مختار الصحاح : الرخمة : طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة ، وجمعه رخم اه . (٢) نوع من الغربان يسمى غراب القيقظ .

(٣) قال في المنجد : الوبر : دوية كالسنور لكنها أصغر منه ولها ذنب صغير جداً .

كتاب الأضحية

وَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ حُرٍّ مُقِيمٍ مُوسِرٍ،

تُحْبَسُ الْجَلَالَةُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . وعن محمد لم يوقت أبو حنيفة فيه وقتاً وقال : تحبس حتى تطيب والجلالة : التي تأكل العذبة ، فان خلطت فليست بجلالة ، ولذلك قالوا : الدجاجة لا تكون جلالة لأنها تخلط . وقال محمد : إذا أنثى وتغير ووجد منه رائحة منتنة فهي جلالة لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها ويجوز بيعها وهبتها ، وإذا حبست زالت الكراهة لأن ما في جوفها يزول وهو الموجب للتغير والنتن ، ولم يوقت أبو حنيفة لأنه إذا توقف على زوال النتن وجب اعتبار هذا المعنى ، وفي رواية أبي يوسف قدره بثلاثة أيام اعتباراً للغالب من حالها . وقدرى « أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله » وهذا على طريق التنزه فيجوز أن يكون رواية التقدير بالثلاثة بناء على هذا الحديث .

كتاب الأضحية

وهي بضم الهمزة وكسرهما : اسم لما يذبح أيام النحر بنية القرية لله تعالى ، وكذلك الضحية بفتح الضاد وكسرهما ، ويقال أيضاً أضحية . قال عليه الصلاة والسلام « على أهل كل بيت في كل عام أضحية وعتيرة » فالأضحية ما يذبح أيام النحر ، والعتيرة شاة كانت تذبح للصم في رجب نسخت وبقيت الأضحية ، وهي من أضحى يضحي إذا دخل في الضحى لأنها تذبح وقت الضحى فسمى الواجب باسم وقته كصدقة الفطر والصلوات الخمس . قال (وهي واجبة على كل مسلم حرٍّ مقيم موسر) أما الوجوب فذهب أصحابنا . وروى عن أبي يوسف أنها سنة ، وذكر الطحاوي أنها واجبة عند أبي حنيفة سنة عندهما واختاره رضي الدين النيسابوري ، والدليل على كونها سنة قوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث كتبت على ولم تكتب عليكم : الوتر والضحى والأضحية » وفي رواية « وهي لكم سنة » وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنها كانا لا يضحيان مخافة أن يراها الناس واجبة ، ولأنها لو وجبت لوجبت على المسافر كصدقة الفطر والزكاة ، إذ الواجبات المالية لا تأثير للسفر فيها ، ودليل الوجوب قوله تعالى - فصل لربك وانحر - أمر بنحر مقرون بالصلاة ولا ذلك إلا الأضحية ، فلئن قال : المراد أخذ اليد باليد على النحر في الصلاة . قلنا هذا أمر وأنه يقتضي الوجوب ، ولا وجوب فيما ذكرتم بالإجماع فتعين ما ذكرنا ، وقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا فانها سنة أبيكم إبراهيم » أمر وأنه للوجوب . وقوله عليه الصلاة والسلام « من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا » علق الوعيد بترك

وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ شَاةٌ . وَإِنْ اشْتَرَكَ سَبْعَةً فِي بَقْرَةٍ أَوْ بَدَنَةٍ جَازَ إِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ وَيُرِيدُونَهَا .

الأضحية وأنه يدل على الوجوب ، ولأن إضافة اليوم إليه تدل على الوجوب لأنه لا تصح الإضافة إليه إلا إذا وجدت فيه لامحالة ، ولا وجود إلا بالوجوب فيجب تصحيحاً للإضافة وكما في يوم الفطر وصدقه . وأما قوله عليه الصلاة والسلام « ولم تكتب عليكم » قلنا نبي الكتابة نبي الفريضة ، لأن المراد من الكتابة الفرض ، قال الله تعالى - إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً - أى فرضاً موقوتاً ، ولذلك تسمى الصلوات المفروضات مكتوبة ، فكان النص ينفي الفريضة ونحن نقول به إنما الكلام في نبي الوجوب ، وقوله « وهى لكم سنة » أى ثبت وجوبها بالسنة لما ذكرنا من التعارض في تأويل الآية ، وما وجب بالسنة يطلق عليه اسم السنن وهو كثير النظير ، وأبو بكر وعمر كانا فقيرين فخافا أن يظنها الناس واجبة على الفقراء على أنها مسألة مختلفة بين الصحابة ، ولا احتجاج بقول البعض على البعض والترجيح لنا ، لأن ما ذكرناه موجب وما ذكرناه نافي والموجب راجح وتماه عرف في الأصول ، وإنما لم تجب على المسافر لأنها اختصت بأسباب شق على المسافر تحصيلها وتفوت بمضى الوقت فلم تجب كالجمعة ، بخلاف الفطر والزكاة حيث لا تفوت بالوقت ، ويجوز قيها بالتأخير ودفع القيم وغير ذلك . وعن علي رضي الله عنه : ليس على المسافر جمعة ولا أضحية ، واختصاصها بالمسلم لأنها عبادة وقرية ، وبالحر لأن العبد لا يملك شيئاً وبالمقيم لما مر ، ويستوى فيه المقيم بالأمصار والقرى والبوادي لأنه مقيم ، وبالفني لقوله عليه الصلاة والسلام « لاصدقة إلا عن ظهر غنى » . والمراد الغنى المشروط لوجوب صدقة الفطر . وأما أولاده الصغار فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب عليه أن يضحي عن أولاده الصغار كصدقة الفطر ، وعنه لا تجب لأنها قرينة محضة ، والقربة لا تتحمل بسبب الغير ، بخلاف صدقة الفطر فإنها ماثونة وسببها رأس يمونه ويلي عليه ، وصاروا كالعبيد يؤدى عنهم صدقة الفطر ولا يضحي عنهم ، ولو كان للصبي مال ضحى عنه أبوه أو وصيه بخلافاً لمحمد وزفر ، وهو نظير الاختلاف في صدقة الفطر . وقيل الأضحى أنها لا تجب في مال الصبي بالإجماع لأنها قرينة فلا يخاطب بها ، بخلاف صدقة الفطر على ما بينا ، ولأن الواجب الإراقة والتصدق بها ليس بواجب ، ولا يجوز ذلك في مال الصبي لأنه لا يقدر على أكل جميعها عادة ولا يجوز بيعها فلا تجب . وذكر القدورى في شرحه الصحيح أنها تجب ولا يتصدق بها لأنه تطوع ، ولكن يأكل منها الصغير وعباله ويدخر له ما يمكنه ويتنازع له بالباقي ، وما ينتفع بعينه كما يجوز للبالغ ذلك في الجلد ، والجد مع الحفدة كالأب عند غلمه (ويجب على كل واحد شاة) لأنه أدنى الدم كما قلنا في الهدايا . قال (وإن اشترك سبعة في بقرة أو بدنة جاز إن كانوا من أهل القرية) يعنى مسلمين (ويريدونها)

وَكَلِمَ اشْتَرَى بَقْرَةً لِلْأُضْحِيَّةِ ثُمَّ أَشْرَكَ فِيهَا سِتَّةَ أَجْزَاءَ ، وَيَقْتَسِمُونَ لَحْمَهَا بِالْوَزْنِ ، وَتَخْتَصُّ بِالْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، وَيُجْزَى فِيهَا مَا يُجْزَى فِي الْهِنْدِيِّ ،

يعني يريدون القربة ، حتى لو كان أحدهم كافرا أو أراد اللحم لا القربة لا يجزى واحدا منهم لأن الدم لا يجزى ليكون بعضه قربة وبعضه لا ، فإذا خرج البعض عن أن يكون قربة خرج الباقي ، والأصل في جواز الشركة ما روى جابر قال : « نخرنا مع رسول الله عليه الصلاة والسلام البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة » وتجزى عن أقل من سبعة بطريق الأولى ، ولا تجزى عن أكثر ، لأن القياس أن لا تجزى إلا عن واحد لأنه إراقة واحدة ، إلا أنا تركنا القياس بما رويناه وأنه مقيد بالسبعة فلا يزداد عليه . وتجوز البدنة بين اثنين نصفين ، لأنه لما جاز ثلاثة أسباع فلأن يجوز ثلاثة ونصف أولى (١) ، ولو كان لأحدهم أقل من السبع لا يجزئه (ولو اشترى بقرة للأضحية ثم أشرك فيها ستة أجزاء) استحسانا ، والقياس أن لا يجوز ، لأنه أعدّها للقربة فلا يجوز بيعها وفي الشركة يبيعها . وجه الاستحسان أن الحاجة ناسئة إلى ذلك لأنه قد لا يجد إلا بقرة ولا يجد شركاء فيشتريها ثم يطلب الشركاء بعد ذلك فجوّزناه للحاجة ، والأحسن أن يطلب الشركاء قبل الشراء لئلا يكون واجعا عن القربة . وعن أبي حنيفة أنه يكره ذلك بعد الشراء ، وقيل لو أراد الاشتراك وقت الشراء لا يكره . وقيل إن كان فقيرا لا يجوز لأنه أوجبها بالشراء ، فإن أشرك جاز ويضمن حصة الشركاء ، وقيل الغنى إذا شارك يتصدق بالثمن ، لأن ما زاد على السبع غير واجب عليه وبالشراء قد أوجب عليه فيتصدق بثمنه . قال (ويقسمون لحمها بالوزن) لأنه موزون ولا يتقاسمونه جزافا إلا أن يكون معه الأكارع والجلد فيجوز كما قلنا في البيع (وتخصّ بالإبل والبق والغنم) لما مرّ في الهدى ، ولقول الصنحية : الضحايا من الإبل والبق والغنم وذلك اسم للكبير دون الصغار . قال (ويجزى فيها ما يجزى في الهدى) وهو الثني من الكل ، وهو من الغنم ماله سنة ، ومن البقر سنتان ، ومن الإبل خمس سنين ؛ ولا يجوز الجذع من الإبل والبق والمعز ، لما روى أبو بردة قال « قلت : يا رسول الله ضحييت قبل الصلاة وعندى عتود خير من شاقى لحم أفيجزئني أن أضحي به ؟ قال : يجزيك ولا يجزى أحدا بعدك » والعتود من المعز كالجذع من الضأن ، وهو الذي أتى عليه أكثر الحول وهو القياس في الضأن أيضا ، إلا أنا تركناه بقوله عليه الصلاة والسلام « نعم الأضحية الجذع من الضأن » ثم الاسم يتناول السالم منها ولا يجوز المعيب وقد بيناه ، والاختلاف فيه في باب الهدى يعون الله تعالى ، إلا أن القليل من العيب عفو ، لأنه قلما

(١١) أى فلأن يحوز ثلاثة أسابيع ونصف ربع أولى لأن نصف السبع يكون تبعا لثلاثة الأسابيع ١٥.

وَتَخْتَصُّ بِأَيَّامِ النُّحْرِ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ : عَاشِرُ ذِي الْحِجَّةِ وَحَادِي عَشْرُهُ
وِثَانِي عَشْرُهُ أَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يَذْبَحْ ، فَإِنْ كَانَ فَقِيرًا وَقَدْ
اشْتَرَاهَا تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا تَصَدَّقَ بِشَمَنِهَا اشْتَرَاهَا أَوْ لَا ،
وَيَدْخُلُ وَقْتُهَا بِطُلُوعِ الْفَجْرِ أَوَّلَ أَيَّامِ النُّحْرِ ، إِلَّا أَنْ أَهْلَ الْمِصْرِ لَا يُضَحُّونَ
قَبْلَ صَلَاةِ الْعِيدِ ،

يسلم الحيوان منه فكان في اعتباره حرج فينتفي والشق في الأذن والوسم قليل لا اعتبار به ،
ويتصدق بجلالها وخطامها ، ولا يعطى أجر الجزار منها وقد يئنه في الهدى . قال (وتختص
بأيام النحر ، وهي ثلاثة : عاشر ذي الحجة وحادي عشره وثاني عشره ، أفضلها أولها)
لما روى عن عمرو بن عبد الله بن عباس وابن عمر وأنس وأبي هريرة رضي الله عنهم أنهم
قالوا : أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها ، وهذا لا يهتدى إليه العقل فكان طويقه السمع فكانهم
قالوه عن النبي عليه الصلاة والسلام ، وأفضلها أولها لما روينا ، لكونه مسارعة إلى الخير
والقربة ، وأدناها آخرها لما فيه من التأخير عن فعل الخير ، ويجوز ذبحها في أيامها ولياليها
لأن الأيام إذا ذكرت بلفظ الجمع ينتظم ما بازائها من الليالي كما في النذر لما عرف من
قصة زكريا عليه السلام . قال (فان مضت ولم يذبح ، فان كان فقيرا وقد اشتراها تصدق بها
حية) لأنها غير واجبة على الفقير ، فاذا اشتراها بنية الأضحية تعينت للوجوب ، والإراقة
إنما عرفت قربة في وقت معلوم وقد فات فيتصدق بعينها (وإن كان غنيا تصدق بشمها
اشترائها أو لا) لأنها واجبة عليه ، فاذا فات وقت القربة في الأضحية تصدق بالشم إخراجا
له عن العهدة كما قلنا في الجمعة إذا فاتت تقضى الظهر والفدية عند العجز عن الصوم
إخراجا له عن العهدة . قال (ويدخل وقتها بطولع الفجر أول أيام النحر ، إلا أن أهل
المصر لا يضحون قبل صلاة العيد) لقوله عليه الصلاة والسلام « من ذبح قبل الصلاة فليعد
ذبيحته ، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين » وقال عليه الصلاة
والسلام « إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » وهذا الشرط في حق من يجب
عليه الصلاة ، أما من لا يجب عليه وهم أهل السواد فيجوز ذبحه بعد طلوع الفجر ، وهذا
لأن العبادة لا يختلف وقتها بالمصر وعدمه كسائر العبادات . أما شرطها فيجوز أن يختلف ،
ألا ترى أن الظهر يمنع من فعلها يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا يمنع ذلك في السواد كذا
هذا ، ولو ضحى بعد صلاة أهل المسجد قبل صلاة أهل البجانة لا يجوز قياها لأنه ضحى
قبل الصلاة المعتبرة ، وجاز استحسانا لحصولها بعد صلاة معتبرة فان الاكتفاء بها جائز
ولو ضحى بها بعد أهل البجانة قبل أهل المسجد ، قال الكرخي : كذلك « وقيل يجوز
بكل وجه لأنها هي الأصل وصلاة أهل المصر لعذر ، وقيل لا يجوز بكل وجه »

وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِهَا، وَيُطْعِمُ الْغَنِيَاءَ وَالْفُقَرَاءَ وَيَدَّخِرُ. وَيُكْرَهُ أَنْ يَدَّ بَجْهٍ
الْكِتَابِيُّ؛

لأن صلاة أهل المصر هي الأصل كسائر الصلوات ، وخروج الآخرين بغلر ضيق المسجد عنهم ، فان لم يصل الإمام في اليوم الأول لعذر لا يضحى حتى تزول الشمس ، وفي اليوم الثاني تجوز قبل صلاة العيد وبعدها ، رواه القدوري عن محمد ، والمعتبر مكان الأضحية لإمكان المالك كما في الزكاة . وعن الحسن أنه اعتبر مكان المالك كصدقة الفطر ، فلو كان بالمصر وأهله بالسواد جاز أن يضحوا عنه قبل الصلاة وبالعكس لا ، وعند الحسن خلاف ذلك ، ويتأكد وجوبها آخر أيام النحر حتى لو افتقر في أيام النحر سقطت عنه ، وإن افتقر بعدها لا تسقط ويتصدق بالثمن كما بينا ؛ وكذا لو مات في أيام النحر سقطت وبعدها لا ، يجب عليه أن يوصى بالتصدق بثمنها ؛ ولو اشترى الفقير وضحي ثم أيسر في أيام النحر ؛ قيل يعيد لأن العبرة لآخر الوقت ، وقيل لا لأن الوجوب بطلوع الفجر أول الأيام . قال (ويأكل من لحمها ، ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر) لقوله تعالى - فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير - وقال عليه الصلاة والسلام « كنت نهيتمكم عن زيارة القبور ألا فزوروها ، وكنت نهيتمكم عن ادخار لحوم الأضاحي فكلوا وادخروا » وإنما يجوز أن يطعم الأغنياء لأنه يجوز له الأكل وهو غني فكذا غيره ؛ ويستحب أن لا تنقص الصدقة عن الثلث لأن النصوص قسمتها بين الأكل والتصدق والادخار فيكون لكل واحد الثلث وينتفع بجلدها فيما يفرش وينام عليه ، أو يعمل منه آلة تستعمل كالقربة والدلو والسفرة لما روى عن عائشة اتخذت من جلد أضحيها سقاء ، أو يشتري به آلة كالمنخل والغربال ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بالاستهلاك كالأبازير (١) ونحوها ، لأن المأثور أن ينتفع به أو يبدله مع بقاء عينه ، ولا يبيعه لقوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحيته فلا أضحية له » فان باعه بشيء من النقود يتصدق به لأن وقت القربة قد فات فيتصدق به ، كذا رواه محمد . قال (ويكره أن يذبحها الكتابي) لأنها عبادة ، وإن ذبحها جاز لأنه من أهل التذكية ؛ والأولى أن يذبحها بنفسه إن كان يحسن الذبح لأنها عبادة ، فاذا فعله بنفسه كان أفضل كما في سائر العبادات ، والنبي عليه الصلاة والسلام « ضحى بكبشين أملحين يذبح ويكبر ويسمى » رواه أنس . وروى جابر « أنه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين وقال حين وجههما : وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفا مسلما ؛ اللهم منك ولك ، عن محمد وأمه بسم الله الله أكبر » وإن كان لا يحسن الذبح فالأولى أن يوليها غيره ، ويستحب أن يحضرها إن لم يذبحها ، لقوله عليه الصلاة والسلام « يا فاطمة

(١) قوله الأبازير : هي التوابل .

وَلَوْ ذَبَحَ أَضْحِيَّةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ جَازَ (ز) ، وَلَوْ غَلِطَا فَذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَضْحِيَّةَ الْآخَرِ جَازَ ، وَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَضْحِيَّتَهُ مِنْ صَاحِبِهِ مَذْبُوحَةً وَمَسْلُوخَةً وَلَا يُضْمَنُ ، فَإِنْ أَكَلَاهَا ثُمَّ عَلِمَا فَلْيَتَحَلَّلَا وَيُجْزِيَهُمَا وَإِنْ تَشَاجَرَا ضَمِنَ كُلُّ لِهَاحِيهِ قِيَمَةَ حَلْمِهِ .

بنت محمد قومي فاشهدى أضحيته ، فانه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها إلى الأرض كل ذنب ، أما إنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا ، قال أبو سعيد الخدري : يانبي الله هذا لآل محمد خاصة فإنهم أهل لما خصوا به من الخير ، أم لآل محمد والمسلمين عامة ؟ قال : لآل محمد والمسلمين عامة . قال (ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره جاز) استحسانا ولا يجوز قياسا ، وهو قول زفر ، لأنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن ، كما إذا ذبح شاة قصاب ، وإذا ضمن لا يجزيه عن الأضحية . وجه الاستحسان أنه لما اشتراها للأضحية فقد تعينت للذبح أضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها فصار مستعينا بكل من كان أهلا للذبح على ذبحها آذنا له دلالة ، لأنه ربما يعجز عن إقامتها لعارض يعرض له فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحها ، وإن كان تفوته المباشرة وحضورها ، لكن يحصل له تعجيل البر وحصول مقصوده بالتضحية بما عينه فيرضى به ظاهرا . قال (ولو غلطا فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر جاز) وفيه قياس واستحسان كما تقدم (ويأخذ كل واحد منهما أضحيته من صاحبه مذبوحة ومسلوخة ولا يضمنه) لأنه وكيله دلالة كما مر (فإن أكلاها ثم علما فليتحللا ويجزيهما) لأنه لو أطمع كل واحد منهما صاحبه ابتداء جاز (وإن تشاجرا (١) ضمن كل لصاحبه قيمة لحمه) لأن التضحية لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ، ومن أئلف لحم الأضحية غيره ضمنه ، ثم يتصدق كل واحد منهما بما أخذ من القيمة لأنه بدل لحم الأضحية ، فصار كما لو باع أضحيته . فقير اشترى أضحية فضاعت فاشترى أخرى ثم وجد الأولى فعليه أن يضحي بهما ، لأن الواجب على الفقير بالشراء بنية الأضحية بمنزلة النذر عرفا ، والشراء قد تعدد ، بخلاف الغنى لأن الوجوب عليه بالإيجاب الشرع ، والشرع لم يوجب عليه إلا مرة واحدة . وذكر الزعفراني : إن أوجب الثانية لإيجابا مستأنفا فعليه أن يضحي بهما ، وإن أوجبها بدلا عن الأولى فله أن يذبح أيهما شاء ، لأن الإيجاب متحد فاتحد الواجب ، والله أعلم .

(١) قوله تشاجرا . في نسخة أخرى : تشاحا .

كتاب الجنایات

القتل المتعلق بالأحكام خمسة : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجزى مجزى الخطي ، والقتل بسبب .

كتاب الجنایات

وهي جمع جنایة ، والجنایة : كل فعل محظور يتضمن ضرراً ، ويكون تارة على نفسه ، وتارة على غيره ، يقال : جنى على نفسه وجنى على غيره ؛ فالجنایة على غيره تكون على النفس وعلى الطرف وعلى العرض وعلى المال ؛ والجنایة على النفس تسمى قتلًا أو صلبًا أو حرقًا ؛ والجنایة على الطرف تسمى قطعًا أو كسرًا أو شجًا ، وهذا الباب لبيان هاتين الجنایتين وما يجب بهما . والجنایة على العرض نوعان : قذف وموجه الحد وقد بيناه . وغنية وموجبها الإثم ، وهو من أحكام الآخرة . والجنایة على المال تسمى غصبا أو خيانة أو سرقة وقد بيناهما وموجبها في كتابي السرقة والغصب بعون الله تعالى . ثم القصاص مشروع ثبت شرعيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة . أما الكتاب فقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص - الآية . وقوله - ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا - أي أثبتنا لوليه سلطة القتل . والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتلناه » وقوله عليه الصلاة والسلام « كتاب الله القصاص » وعليه الإجماع والعقل ، والحكمة تقتضي شرعيته أيضا ، فان الطباع البشرية والأنفس الشريرة تميل إلى الظلم والاعتداء وترغب في استيفاء الزائد على الابتداء سيما سكان البوادي وأهل الجهل العادلين عن سنن العقل والعدل كما نقل من عاداتهم في الجاهلية ، فلو لم تشرع الأجزية الزاجرة عن التعدى والقصاص من غير زيادة ولا انتقاص لتجرأ ذوو الجهل والحمية والأنفس الأبية على القتل والقتل في الابتداء وإضعاف ما جنى عليهم في الاستيفاء ، فيؤدى ذلك إلى التفانى ، وفيه من الفساد ما لا يحصى ؛ فاقنضت الحكمة شرع العقوبات الزاجرة عن الابتداء في القتل والقصاص المانع من استيفاء الزائد على المثل فورد الشرع بذلك لهذه الحكمة حسما عن مادة هذا الباب فقال - لكم في القصاص حياة يا أولى الألباب - .

قال (القتل المتعلق بالأحكام خمسة : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجزى مجزى الخطي ، والقتل بسبب) ومعناه القتل الواقع ابتداء بغير حق الذي يتعلق به القصاص أو الدية والكفارة هذه الخمسة ، وبيان الحصر أن القتل لا يخلو إما إن كان مباشرة أولا ، فإن لم يكن مباشرة فهو القتل بسبب ؛ وإن كان مباشرة ، فلما إن كان عمدا أو خطأ ، فإن كان عمدا

فَالْعَمْدُ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا يَفَرِّقُ الْأَجْزَاءَ : كَالسَّيْفِ وَاللَّيْظَةِ وَالْمِرَّةِ
وَالنَّارِ ، وَحُكْمُهُ الْمَأْتَمُّ وَالْقَوْدُ ، إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ الْأَوَّلِيَاءُ ، أَوْ وَجُوبُ الْمَالِ
عِنْدَ الْمُصَالَحَةِ بِرِضَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ ،

فإما إن كان بسلاح وما شابهه في تفريق الأجزاء أو بغير ذلك ؛ فإن كان فهو العمد ، وإن
كان بغيره فهو شبه العمد ، وإن كان خطأ ، فأما إن كان حالة اليقظة أو حالة النوم ، فإن
كان حالة اليقظة فهو الخطأ ، وإن كان حالة النوم فهو الذبي أجرى مجراه ، وأثن قيل قتل
المكره ليس مباشرة من المكره وقد جعلتموه عمدا حتى أوجبتم عليه القصاص . قلنا لما كان
المكره مطلوب الاختيار لم يصف الفعل إليه فجعلناه كالألة في يد المكره وانتقل فعله إليه ،
فكان المكره قتله بآلة أخرى فصار مباشرة تقديرا وشرعا ، وتماه يعرف في الإكراه . قال
(فالعمد أن يتعمد الضرب بما يفرق الأجزاء كالسيف والليظة والمروءة والنار) لأن العمد
فعل القلب لأنه القصد ، وذلك لا يوقف عليه إلا بدليله وهو مباشرة الآلة الموجبة للقتل
عادة ، وأنه موجود فيما ذكرناه فكان عمدا ، ولو قتله بنحيد أو صفر غير محدّد كالعمود
والسنجة ونحوهما فيه روايتان في ظاهر الرواية هو عمد نظرا إلى أنه أصل الآلة ، وفي رواية
الطحاوي ليس يعمد لأنه لا يفرق الأجزاء ؛ ولو طعنه برمح لاسنان له فجرحه فهو عمد
لأنه إذا فرّق الأجزاء فهو كالسيف . وروى أبو يوسف عن أبي خنيفة فيمن ضرب رجلا
بإبرة وما يشبهه عمدا فمات لا قود فيه ؛ وفي المسئلة ونحوها القود لأن الإبرة لا يقصد بها القتل
عادة ويقصد بالمسئلة ، وفي رواية أخرى إن غرز بالإبرة في المقتل قتل وإلا فلا . قال
(وحكمه المأثم والقود) أما المأثم فبالإجماع ، ولقوله تعالى - ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه - وقال عليه الصلاة والسلام « آدمي بيني
والرب ملعون من هدمه » والنصوص فيه كثيرة . وأما القود فلقوله تعالى - كتب عليكم
القصاص في القتلى - والمراد به العمد لأنه لاقصاص في غيره ، وقوله عليه الصلاة والسلام
« العمد قود » أي حكمه وموجبه . قال (إلا أن يعفو الأولياء) لأن الحق لهم قال (لو
وجوب المال عند المصالحة برضى القاتل في ماله) لأن الحق له ، فإذا صالح عنه بعوض
ورضى غريمه قليلا كان أو كثيرا جاز كما في سائر الحقوق ، ويجب في مال القاتل لقوله
عليه الصلاة والسلام « لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا » وهذا عمد وصلح فلا تحمله العاقلة
قيجب في ماله على ما شرطنا من التأجيل والتعجيل والتنجيم ، قال عليه الصلاة والسلام
« المؤمنون عند شروطهم » فإن لم يذكرنا شيئا فهو حال كسائر المعاضات عند الإطلاق ،
والأصل فيه قوله تعالى - فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان -
والمراد به الصلح ، وهذا لأن موجب العمد القود عينا فلا يجب المال إلا بالصلح - يرضا
القاتل ، بيانه قوله تعالى - وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - فلو وجب المال لأحد

أَوْ صَلَحُ بَعْضِهِمْ أَوْ عَفْوُهُ ، فَتَجِبُ بَقِيَّةُ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، أَوْ عِنْدَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِهِ لِشُبْهَةِ كَقَتْلِ الْأَبِ ابْنَهُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ، وَلَا كَفَّارَةَ فِي الْعَمْدِ . وَشِبْهُ الْعَمْدِ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يَفَرِّقُ (سَمِ) الْأَجْزَاءَ : كَالْحَجَرِ وَالْعَصَا وَالْيَدِ ،

لَا يَكُونُ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ ، وَشَرِيعَةٌ مِنْ تَقَدُّمَاتِ تِلْزَمُنَا إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ النَّسَخُ ، وَجَمِيعُ أَحَادِيثِ التَّخْيِيرِ بَيْنَ الْقَصَاصِ وَالِدِيَةِ أَخْبَارُ أَحَادٍ لَا يَنْسَخُ بِهَا الْكِتَابُ ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى - كَتَبَ عَلَيْكُمْ الْقَصَاصَ - وَهُوَ الْمِثْلُ لُغَةً ، وَالْمِثَالَةُ بَيْنَ النَّفْسِ وَالنَّفْسِ لَا يَبْنِيهَا وَبَيْنَ الْمَالِ ، أَوْ نَقُولُ ذَكَرَ الْقَصَاصَ وَلَمْ يَذْكُرِ الدِّيَةَ ، فَلَوْ ثَبَتَ التَّخْيِيرُ أَوْ الدِّيَةُ لَثَبَتَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى الْكِتَابِ ، وَالزِّيَادَةُ نَسْخٌ وَالْكِتَابُ لَا يَنْسَخُ بِهِ . وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْعَمْدُ قُودٌ » وَقَالَ « كِتَابُ اللَّهِ الْقَصَاصُ » وَقَدْ مَرَّ التَّمَسُّكُ بِهِ . قَالَ (أَوْ صَلَحَ بَعْضُهُمْ أَوْ عَفْوُهُ ، فَتَجِبُ بَقِيَّةُ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ (١)) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْوَرِثَةِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَرَّثَ امْرَأَةً أَشِيمَ الضَّيْبَانِي مِنْ عَقْلِهِ ، وَإِذَا كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمْ فَلِكُلِّ مِنْهُمُ الْعَفْوُ عَنْ نَصِيْبِهِ ، وَالصَّلَاحُ عَنْهُ كَغَيْرِهِ مِنَ الْحَقُوقِ ، فَإِذَا صَلَحَ الْبَعْضُ أَوْ عَفَا تَعَذَّرَ الْقَصَاصُ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَهِزُ وَقَدْ سَقَطَ الْبَعْضُ فَيَسْقُطُ الْبَاقِي ضَرُورَةً ، وَإِذَا سَقَطَ انْقَلَبَ نَصِيْبُ الْبَاقِي مَالًا لثَلَاثِ سِنِينَ لَا إِلَى عَوْضٍ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْقَاتِلِ لِأَنَّ الشَّرْعَ مَا أَوْجَبَهُ عَلَيْهِ كَمَا مَرَّ وَلَا التَّزَمَهُ فَيَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِغَيْرِ قَصْدٍ مِنَ الْقَاتِلِ فَصَارَ كَالْخَطَا ، وَلَيْسَ لِلْعَاقِلِ مِنْهُ شَيْءٌ لِسُقُوطِ حَقِّهِ بِعَفْوِهِ . قَالَ (أَوْ عِنْدَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِهِ لِشُبْهَةِ كَقَتْلِ الْأَبِ ابْنَهُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) وَهَذَا لِأَنَّ الْأَبَ لَا يَقْتُلُ بَابْنِهِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا يَقَادُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ » وَلِأَنَّهُ جَزْؤُهُ ، فَأُورِثَ شُبْهَةً فِي الْقَصَاصِ فَسَقَطَ ، وَإِذَا سَقَطَ الْقَصَاصُ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ عَمْدٌ ، وَتَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لَمَّا يَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ (وَلَا كَفَّارَةَ فِي الْعَمْدِ) لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يُوَجِّهْ فِيهِ حَيْثُ لَمْ يَذْكُرْهَا وَلَوْ وَجِبَتْ لَذَكَرَهَا كَمَا ذَكَرَهَا فِي الْخَطَا وَلِأَنَّهُ كَبِيرَةٌ ، وَفِي الْكُفَّارَةِ مَعْنَى الْعِبَادَةِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا وَلَا يُقَاسُ عَلَى الْخَطَا فَإِنَّ جُنَايَةَ الْعَمْدِ أَعْظَمُ ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ رَفْعِهَا لِلأَدْنَى رَفْعُهَا لِلأَعْلَى . قَالَ (وَشِبْهُ الْعَمْدِ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يَفَرِّقُ الْأَجْزَاءَ كَالْحَجَرِ وَالْعَصَا وَالْيَدِ) وَقَالَ : إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ أَوْ خَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ فَهُوَ عَمْدٌ ؛ وَشِبْهُ الْعَمْدِ عِنْدَهُمَا أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا كَالسُّوْطِ وَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ ، لِأَنَّ مَعْنَى الْعَمْدِ قَاصِرَةٌ فِيهِمَا لَمَّا أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ عَادَةً ، وَيَقْصِدُ بِهِ غَيْرَ الْقَتْلِ كَالْتَأْدِيبِ وَنَحْوِهِ فَكَانَ شِبْهُ الْعَمْدِ ؛ أَمَّا الَّذِي لَا يَلِيبُ وَلَا يَتَقَاصِرُ عَنْ عَمَلِ السِّيفِ

(١) قوله على العاقلة ، فيه نظر ، فإنه ذكر في المراجع والكافي والحداد وغيرهم من كتب الحنفية أن الدية في ماله للقاتل ، كذا بهامش بعض النسخ .

وَمُوجِبُهُ الْإِثْمُ وَالْكَفَّارَةُ وَالِدِيَّةُ مُعْلَظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَهُوَ عَمْدٌ فِيهَا دُونَ النَّفْسِ وَالْخَطَأُ أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيِّدًا ، أَوْ حَرَبِيًّا فَلِذَا هُوَ مُسْلِمٌ ، أَوْ يَرْمِي غَرَضًا فَيُصِيبُ دَمِيًّا ، وَمُوجِبُهُ الْكَفَّارَةُ وَالِدِيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ .

في إزهاق الزوج فيكون عمدا . وروى أن يهوديا رضح رأس جارية بالحجر ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بالقصاص . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل » من غير فصل بين عصا وعصا . وروى النعمان بن بشير عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « كل شيء خطأ إلا السيف ، وفي كل خطأ أُرْس » وعن علي رضي الله عنه أنه قال : شبه العمد : الحذفة (١) بالعصا والقذفة بالحجر ، فالنبي عليه الصلاة والسلام سماه خطأ العمد لأنه عمد من جهة الفعل خطأ من جهة الحكم ، لأن آله ليست آلة العمد ، ولأن معنى العمدية فيه قاصر لكونه آلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه ، وهذا لأنه لا يمكن قتله بها على غرة منه فيمكنه الاحتراز منه ، بخلاف السيف وأخواته فإنها تستعمل على غرة من المقتول فكان شبه العمد كالعصا والسوط الصغيرين ، ولأن القتل لإفساد الآدي صورة ومعنى ؛ أما صورة فبنقض التركيب ؛ وأما معنى فإفساد المنافع ، وقد وجد القتل ههنا معنى لاصورة ، فلو وجب القصاص وأنه يجب بالسيف عملا بالحديث يكون قتلًا بصورة ومعنى فلا توجد المماثلة الواجبة بالنصوص ؛ وأما اليهودي قال النبي عليه الصلاة والسلام قتله سياسة ، فانه روى أنه كان اعتاد ذلك ، وعندنا متى تكرر منه ذلك فللإمام أن يقتله سياسة . قال (وموجبه الإثم) لأنه قتل عن قصد (والكفارة) لشبهه بالخطأ ، وفيها معنى العبادة فيحتاج في إيجابها (والدية مغلظة على العاقلة) لأن كل دية تجب بالقتل من غير صلح ولا عفو لبعض فإنها تجب على العاقلة على ما يأتي في الديات ، وسنين كيفية وجوبها والتغليظ وقدرها ثم إن شاء الله تعالى . قال (وهو عمد فيما دون النفس) لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ، وما دونها لا يختص بآلة دون آلة ، فبقي المعتبر تعمد الضرب وقد وجد فكان عمدا . قال (والخطأ أن يرى شخصا يظنه صيدا أو حربيا فإذا هو مسلم) وهو خطأ في القصد (أو يرى غرضا فيصيب آدميا) وهو خطأ في الفعل (وموجبه الكفارة والدية على العاقلة) . لقوله تعالى - ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله - (ولا إثم عليه) قال عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » الحديث ، وقيل المنى إثم القتل ، وإنما يأثم من حيث ترك الاحتراز والتثبت حالة الرمي ، ولهذا وجبت الكفارة .

(١) قوله الحذفة ، قال في مختار الصحاح : حذفه بالعصا : رماه بها .

وَمَا أَجْرِيَّ يُجْرَى الْخَطَا : مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى إِنْسَانٍ فَيَقْتُلُهُ فَهُوَ كَالْخَطَا
وَالْقَتْلُ بِسَبَبٍ : كَحَافِرِ الْبُيْرِ وَوَاضِعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ وَفَنَائِهِ فَيَعْطَبُ
بِهِ إِنْسَانٌ ، وَمَوْجِبُهُ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لَا غَيْرُ ، وَكُلُّ ذَلِكَ يُوجِبُ حِرْمَانَ
الْإِرْثِ إِلَّا الْقَتْلَ بِسَبَبٍ ، وَلَوْ مَاتَ فِي الْبُيْرِ غَمًّا أَوْ جُوعًا فَهُوَ هَدْرٌ (سَم) ،
وَالْكَفَّارَةُ عَتَقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَنَ . لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ .
وَيُقْتَلُ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَبِالْعَبْدِ .

قال (وما أجرى مجرى الخطأ : مثل النائم ينقلب على إنسان فيقتله فهو كالخطأ) في الحكم
لأن النائم لا يقصد له فلا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ ، إلا أنه في حكم الخطأ لحصول
الموت بفعله كالخاطئ . قال (والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه
وفنائه فيعط به إنسان ، وموجبه الدية على العاقلة لا غير) لأنه متعد فيا وضعه وحفره
فجعل دافعا موقعا فتجب الدية على العاقلة ، ولا يأنم فيه لعدم القصد ، ولا كفارة عليه
لأنه لم يقتل حقيقة ، وإنما ألحقاه بالقاتل في حق الضمان بقى ما وراءه على الأصل ، وسواء
كان الواقع حراً أو عبداً أو دابة فضمانه عليه ، بذلك قضى شريح بمحضر من الصحابة من
غير نكير منهم ، ولوسقاه سما فقتله فهو مسبب لأنه لم يقتله مباشرة ولا هو موضوع للقتل ،
ولهذا يختلف باختلاف الطبايع ، وإن دفعه إليه فشر به فلا شيء عليه ولا على عاقلته ،
لأن الشارب هو الذي قتل نفسه ، فصارت كما إذا تعمد الوقوع في البئر . قال (وكل ذلك
وجب حرمان الإرث إلا القتل بسبب) قال عليه الصلاة والسلام « لا ميراث لقاتل »
والمسبب ليس بماتل ولا متهم ، لأنه لا يعلم أن مورثه يقع في البئر وهو متهم في الخطأ لاحتمال
أنه قصد ذلك في الباطن . قال (ولو مات في البئر غمًا أو جوعًا فهو هدر) وقال محمد :
يضمن الحافر فيهما . وقال أبو يوسف : يضمن في الغم دون الجوع ، لأن الغم بسبب
البئر والوقوع فيها ، أما الجوع بسبب فقد الطعام ولا يدخل للبئر في ذلك . ولمحمد أن الجوع
أيضا بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه . ولأبي حنيفة أنه لم يمت بالوقوع فلا
يضمن ، وإنما مات لمعنى في نفسه وهو الجوع والغم ، وذلك غير مضاف إلى الحافر فلا
يكون مسببا . قال (والكفارة عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) لقوله
تعالى - فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين - ولا
يجزى فيها الطعام لأن الكفارات لا تعلم إلا نصا ولا نص فيه .

فصل

(ويقتل الحر بالحر وبالعبد) أما الحر بالحر فلا خلاف فيه ، قال تعالى - الحر بالحر - .

وَالرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ ، وَالصَّغِيرُ بِالْكَبِيرِ ، وَالْمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ (ف) . وَلَا يُقْتَلَانِ
بِالْمُسْتَأْمَنِ ، وَيُقْتَلُ الْمُسْتَأْمَنُ بِالْمُسْتَأْمَنِ ، وَيُقْتَلُ الصَّحِيحُ بِالزَّيْمِ وَالْأَعْمَى
وَبِالْمَجْنُونِ وَيُنَاقِصُ الْأَطْرَافُ ؛ وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِوَلَدِهِ ، وَلَا يَعْْبُدُهُ ،
وَلَا يَعْْبُدُ وَلَدَهُ ، وَلَا بِمَكَاتِبِهِ ، وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلَى أَبِيهِ سَقَطَ ، وَالْأُمُّ
وَالْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ مِنْ أَىْ جِهَةٍ كَانُوا كَالْأَبِ ، وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا عَمْدًا
فَقَاتَ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ ،

وأما الحرّ بالعبد فلقوله تعالى - النفس بالنفس - وقال عليه الصلاة والسلام « المسلمون
تتكافأ دماؤهم » ولأنهما تساويا فى عصمة الدم فيجب القصاص للمساواة ، وقوله تعالى
- الحرّ بالحرّ - لا يدلّ على عدم جواز قتل الحرّ بالعبد لأنه تخصيص بالذكر فلا يدلّ على
نفي ما سواه ؛ ألا يرى أنه يقتل العبد بالحرّ والذكر بالأنثى والأنثى بالذكر فلا حجة فيه
ونحن نعمل به ويقولو - النفس بالنفس - وبالحدّيث فكان أولى من العمل به خاصة . قال
(والرجل بالمرأة ، والصغير الكبير) لإطلاق النصوص . قال (والمسلم بالذمي) لما روى
جابر « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قاد مسلما بذى وقال : أنا أحقّ من وقى بذمته »
ولاستوائهما فى العصمة المؤبّدة ، ولأن عدم القصاص تنفير لهم عن قبول عقد الذمة وفيه
من الفساد ما لا يخفى ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يقتل مسلم بكافر » الحربى ،
لأن الكافر متى أطلق يتصرف إلى الحربى عادة وعرفا فينصرف إليه توفيقا بين الحديّثين
(ولا يقتلان) يعنى المسلم والذميّ (بالمستأمن) لعدم التساوى فانه غير محقون الدم على
التأييد وحرا به يوجب إباحة دمه ، فانه على عزم العود والمخاربة . وعن أبى يوسف أنه يقتل
به اعتبارا بالعهد وصار كالذميّ وجوابه مرّ (ويقتل المستأمن بالمستأمن) للمساواة . وقيل
لا يقتل ، وهو الاستحسان لقيام المبيع . قال (ويقتل الصحيح بالزمن والأعمى وبالمجنون
وبناقص الأطراف) لما تقدّم من العمومات ، ولأننا لو اعتبرنا التفاوت فيما وراء العصمة
من الأطراف والأوصاف لامتنع القصاص وأدى ذلك إلى التقاتل والتفانى . قال (ولا يقتل
الرجل بولده ، ولا بعبده ، ولا بعبد ولده ، ولا بمكاتبه) قال عليه الصلاة والسلام « لا يقدّ
والد بولده ولا سيد بعبده » ولأن الإنسان لا يجب لنفسه على نفسه قصاص ، ولا لولده
عليه لما تقدّم ، والمدير وأم الولد كالعبد ، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه ، لأن القصاص
لا يتجزأ . قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لأن الابن لا يثبت له قصاص على الأب
لما مرّ (والأُم والأجداد والجَدَّات من أَىْ جهة كانوا كالأب) لما بينهما من الجزئية ،
ولأنهم كانوا السبب فى إيجادهم فصاروا كالأب . قال (ومن جرح رجلا عمدا فات فعليه
القصاص) معناه إذا مات منها بأن لم يعرض له عارض آخر يضاف الموت إليه لأنه قتله

وَلَا يُسْتَوْفَى الْقِصَاصُ إِلَّا بِالسَّيْفِ ، وَلَا قِصَاصٌ عَلَى شَرِيكِ الْأَبِ وَالْمَوْلَى وَالْخَاطِئِ وَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَكُلِّ مَنْ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، وَإِذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ فَلَا قِصَاصَ حَتَّى يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ ، وَإِذَا قُتِلَ الْمُكَاتَبُ عَنْ وِفَاءٍ وَآلِهِ وَرَثَتِهِ غَيْرُ الْمَوْلَى فَلَا قِصَاصَ أَصْلًا ، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءَ فَالْقِصَاصُ لِلْمَوْلَى ، وَإِنْ قُتِلَ عَنْ وِفَاءٍ وَلَا وَارِثَ لَهُ إِلَّا الْمَوْلَى فَلَهُ الْقِصَاصُ (م) ، وَإِذَا كَانَ الْقِصَاصُ بَيْنَ كِبَارٍ وَصِغَارٍ فَلِلْكِبَارِ الْإِسْتِيفَاءُ (سَم)

عمدا فيجب القصاص . قال (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) قال عليه الصلاة والسلام . « لا قود إلا بالسيف » والمراد به السلاح . قال (ولا قصاص على شريك الأب والمولى والخاطئ والصبي والمجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله) لأنه قتل حصل بسببين : أحدهما غير موجب للقود وهو لا يتجزى فلا يجب ، لأن الأصل في الدماء الحرمه ، والنصوص الموجبة للقصاص مختصة بحالة الانفراد وموضع يمكن القصاص وهو غير ممكن هنا لعدم التجزى فلا يتناوله النص ، ثم من يجب عليه القصاص لو انفرد عليه نصف الدية في ماله لأن فعله عمد ، وإنما لم يجب القصاص لتعذر الاستيفاء ، والعاقلة لاتعتل العمد لما روينا ، ونصفها الآخر على عاقلة الآخر إن كان صنيبا أو مجنونا أو خطأ ، لأن الدية تجب فيه بنفس القتل ، فان عمد الصبي والمجنون خطأ ، قاله على رضي الله عنه ، وإن كان الأب ففي ماله على ما تقدم . قال (وإذا قتل عبد الرهن فلا قصاص حتى يجتمع الرهن والمرتهن) لأنه تعلق به حق كل واحد منهما ، فالمرتهن لملك له فيه فلا يليه ، والراهن ملكه لكن لو قتله بطل حق المرتهن فاشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن فلا يرجع على الراهن . قال (وإذا قتل المكاتب عن وفاء وله ورثة غير المولى فلا قصاص أصلا) لاشتباه المولى فإنه إن مات عبدا فالمولى وليه فإن مات حرا فالوارث وليه ، والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فاشتبه المولى فتعذر الاستيفاء (وإن لم يترك وفاء فالقصاص للمولى) لأنه مات عبدا بالإجماع (وإن قتل عن وفاء ولا وارث له إلا المولى فله القصاص) لأن حق الاستيفاء له حرا مات أو عبدا ، والحكم واحد وهو القود ، واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة . وقال محمد : لا قصاص لاشتباه سبب الاستيفاء بالولاية أو بالرق ، وجوابه مأمور . قال (وإذا كان القصاص بين كبار وصغار فللكبار الاستيفاء) وقالوا : ليس للكبار ، وذلك لأنه حق مشترك بينهم فلا ينفرد به أحدهم كالحاضر مع الغائب وأحد المولين . ولأن حنيفة أن القصاص لا يتجزى لأنه ثبت بسبب لا يتجزى وهي القرابة ، فثبت لكل واحد منهم كمالا كولاية الإنكاح والموليان على الخلاف ، والعفو من الصغير غير محتمل ، وفي انتظار بلوغه تفويت الاستيفاء على سبيل الاحتمال ، بخلاف الكبيرين والغائب . لأن احتمال العفو

وإذا قُتِلَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ فَلِلْأَبِ أَوْ الْقَاضِي أَنْ يَقْتُلَ أَوْ يُصَالِحَ ،
وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ ، وَالْوَصِيُّ يُصَالِحُ لَا غَيْرُ ، وَلَا قِصَاصٌ فِي التَّخْنِيقِ
وَالْتَّغْرِيقِ (سم) . وَيُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ ، وَيُقْتَلُ الْوَاحِدُ بِالْجَمَاعَةِ اكْتِفَاءً
وَإِنْ قَتَلَهُ وَلِيُّ أَحَدِهِمْ سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ ، وَمَنْ رَمَى إِنْسَانًا عَمْدًا فَتَنَقَّدَ
مِنْهُ إِلَى آخِرٍ وَمَاتَا فَالْأَوَّلُ عَمْدٌ وَالثَّانِي خَطَأٌ .

منه ثابت فافترقا ، ولو كان الكل صغارا قيل يستوفى السلطان ، وقيل ينتظر بلوغ أحدهم ،
والجَنُونُ والمَعْتُوهُ كالصَّبِيِّ ، وَلِأَنَّ الصَّبِيَّ مَوْلَى عَلَيْهِ ، فَإِذَا اسْتَوْفَاهُ الْكَبِيرُ كَانَ بَغْضُهُ أَصَالَةً
وبعضه نيابة . قال (وإذا قتل ولي الصبي والمعتوه فللأب أو القاضي أن يقتل أو يصالح
وليس له العفو ، والوصي يصالح لا غير) أما الأب فله ولاية على النفس ، وهذا من باب
شرع لأمر راجع إليها وهو التثني فيثبت له التثني بالقتل كولاية النكاح ، وإذا ثبت له
ولاية القتل ثبت له ولاية الصلح لأنه أنفع للصبي ، وليس له أن يعفو لأنه إبطال الحق
بغير عوض ، وعلى هذا قطع يد المعتوه عمدا ، وكذلك القاضي لأنه بمنزلة السلطان .
ومن قتل ولا ولي له فلا سلطان أن يستوفى القصاص ، فكذلك القاضي ؛ وأما الوصي فلا
يملك العفو لما ذكرنا ، ولا القصاص لأنه لا ولاية له على النفس فتعين الصلح صيانة للحق
عن البطلان . قال (ولا قصاص في التخنيق والتغريق) خلافا لهما ، وهى مسألة القتل
بالمثقل ، فان تكرر منه ذلك فللإمام قتله سياسة لأنه سعى في الأرض الفساد . قال (وتقتل
الجماعة بالواحد) لما مر من العمومات ، ولما روى أن سبعة من صنعاء قتلوا واحدا
فقتلهم عمر رضى الله عنه وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به ، وذلك بمحض من
الصحابه من غير نكير فكان إجماعا ، وهذا بخلاف ما إذا اجتمعوا على قطع يد حيث
لا يقطعون ، لأن القصاص في النفس يجب بازهاق الروح ولأنه لا يتبعض فيصير كل واحد
كالمتفرد في إتلافها . أما القطع يتبعض . فيكون الواحد متلفا بعض اليد ، ولأن الاجتماع
على القتل أكثر . فكان شرع الزاجر فيه دفعا لأغلب الجنائين وأعظمهما فلا يلزم شرعه
لدفع أدناهما . قال (ويقتل الواحد بالجماعة اكْتِفَاءً) وصورته : رجل قتل جماعة فانه
يقتل ولا يجب عليه شيء آخر ، لأنهم إن اجتمعوا على قتله وزهق الروح لا يتبعض
يصير كل واحد منهم مستوفيا جميع حقه لما بينا ، فلا يجب له شيء من الأرش (وإن
قتله ولي أحدهم سقط حق الباقيين) لأن حقهم في القصاص وقد فات ، وصار كما إذا
مات القاتل فانه يسقط القصاص لفوات محله كذا هذا وصار كموت العبد الجاني . قال
(ومن رمى إنسانا عمدا فتنفذ منه إلى آخر وماتا فالأول عمد) لأنه تعمد رميه ، وفيه القصاص
على ما بينا (والثاني خطأ) لأنه لم يقصده فكان خطأ لما مر . ومن تهشمت حية وعقره سبع

فصل

ولا يجرى القصاصُ في الأطرافِ إلاَّ بَيْنَ مُسْتَوَى الدِّيةِ إِذَا قُطِعَتْ مِنْ
المِفْصَلِ وَتَمَثَّلَتْ .

وشجَّ نفسه وشجَّه آخر ، فعلى الشَّاح ثلث الدية والباقي هدر لأنه تلف بثلاثة أنواع :
جناية معتبرة في الدنيا والآخرة ، وهى فعل الأجنبي ؛ وجناية هدر في الدنيا والآخرة ،
وهى فعل السبع والحية ؛ وجناية معتبرة في الآخرة هدر في الدنيا ، وهو فعله ، فيكون
على الأجنبي ثلث دية النفس لأنه أتلَّف الثلث .

فصل

(ولا يجرى القصاص في الأطراف إلا بين مستوى الدية إذا قطعت من المفصل
وتماثلت) والأصل فيه قوله تعالى - والجروح قصاص - وأنه يقتضى المماثلة ، ولأن الأطراف
يسلك بها مسلك الأموال ، ولهذا لا يقطع الصحيح بالأشلِّ والكامل بالناقصة الأصابع
لاختلافهما في القيمة ، بخلاف النفس على ما مرَّ . وإذا كان كذلك تنقضى المماثلة بانتفاء
المساواة في المالية ، والمالية معلومة بتقدير الشرع فأمكن اعتبار التساوى فيها ، ولا يمكن
التساوى في القطع إلا إذا كان من المفصل . إذا ثبت هذا فنقول : لا يجرى القصاص
في الأطراف بين الرجل والمرأة ، ولا بين الحر والعبد لاختلافهما في القيمة وهى الدية ،
ولا بين العبيد لأنهم إن تفاوتت قيمتهم فظاهر ، وإن تساوت فذلك مبنى على الجزر والظن .
فلا يثبت به القصاص . ونص محمد على جريان القصاص بين الرجل والمرأة في الشجاج التى
يجرى فيها القصاص ، لأنه ليس في الشجاج تفويت منفعة وإنما هو إلحاق شين وقد استويا
فه ، وفي الطرف تفويت المنفعة وقد اختلفا فيها ، ويجرى بين المسلم والذمي لتساويهما
في الدية . ثم النقضان نوعان : نقض مشاهد كالشلل فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص ،
ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل . ونقص من طريق الحكم كاليمين مع اليسار ،
فيمنع استيفاء كل واحد من الطرفين بالآخر . وكذا الأصابع لا يقطع إلا بمثلها اليمين
باليمين واليسار باليسار ، وكذا العين باليمين واليسار باليسار ، والناصب بالناصب ،
والثنية بالثنية ، والضرس بالضرس ، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ، لأن القصاص ينشأ
عن المساواة ولا مساواة إلا بالتساوى في المنفعة والقيمة والعضو ، وقس على هذا أمثاله ؛
فإذا قطع يده غيره من المفصل قطعت يده لما مرَّ ، ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة
اليد لا تختلف بذلك وكذلك كل عضو يقطع من المفصل كالرجل ومارد الأنف وهو

وَلَا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ وَلَا فِي الذِّكْرِ إِلَّا أَنْ تُقَطَّعَ الْحَشْفَةُ ؛ وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلَّا السِّنَّ ، فَإِنْ قُلِّعَ يُقْلَعُ ، وَإِنْ كُسِرَ يُبْرَدُ بِقَدْرِهِ ؛ وَلَا قِصَاصَ فِي الْعَيْنِ إِلَّا أَنْ يَذْهَبَ ضَوْؤُهَا وَهِيَ قَائِمَةٌ أَنْ يُوضَعَ عَلَى وَجْهِهِ قُطْنٌ رَطْبٌ وَتُقَابِلُ عَيْنُهُ بِالْمِرْآةِ الْمُحْمَاةِ حَتَّى يَذْهَبَ ضَوْؤُهَا ؛ وَلَا تُقَطَّعُ الْأَيْدَى بِالْيَدِ وَتُجَبِّدُ الدِّيَّةُ ؛ وَمَنْ قَطَعَ يَمِينِي رَجُلَيْنِ قَطَعَا يَمِينَهُ وَأَخَذَا مِنْهُ دِيَّةً الْآخَرَى بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ قَطَعَهَا أَحَدُهُمَا مَعَ غَيْبَةِ الْآخَرِ فَلِلْآخَرِ دِيَّةٌ يَدِهِ ؛ وَإِذَا كَانَ الْقَاطِعُ أَشْلَ أَوْ نَاقِصَ الْأَصَابِعِ ، فَالْمَقْطُوعُ إِنْ شَاءَ قَطَعَ الْمَجِيعَةَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ دِيَّةَ يَدِهِ ،

مالان منه ، والأذن بالأذن لإمكان المائلة بينهما في القطع . قال الله تعالى - والأنف بالأنف والأذن بالأذن - . قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر إلا أن تقطع الحشفة) لأن كل واحد منهما يتقبض وينبسط فلا يمكن المائلة بينهما في القطع فلا قصاص ، بخلاف ما إذا قطع الحشفة فانه معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعضها وبعض الذكر فلا قصاص لتعذر المساواة . أما الأذن لاتنقبض فيمكن المائلة سواء قطعها أو بعضها . وأما الشفة إن قطعها جميعها وجب القصاص لإمكان المساواة ، وإن قطع بعضها لا قصاص لتعذرهما . قال (ولا قصاص في عظم إلا السن) روى ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، ولأن المائلة متعذرة فيما سواه من العظام ؛ لأنه إذا كسر موضع ينكسر موضع آخر لأنه أجوف كالقارورة ممكنة في السن ، قال تعالى - والسن بالسن - (فان قلع يقلع) سنه (وإن كسر يبرد بقدره) تحقيقا للمساواة ، حتى لو كان السن بحال لا يمكن برده لا قصاص ، وتجب الدية في ماله ، ولا اعتبار بالكبر والصغر لاستوائهما في المنفعة . قال (ولا قصاص في العين) لتعذر المساواة (إلا أن يذهب ضوؤها وهي قائمة) فيمكن القصاص (بأن يوضع على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة المحماة حتى يذهب ضوؤها) روى ذلك عن علي رضي الله عنه وغيره من الصحابة ، لأنه طريق إلى استيفاء القصاص فيسلك . وعن أبي يوسف : لا قصاص في الأحوال لأنه نقص في العين كالشلل في اليد . قال (ولا تقطع الأيدي باليد) وقد بيناه (وتجب الدية) لأنه متى تعذر القصاص تجب الدية لئلا تخلو الجناية عن موجب . قال (ومن قطع يميني رجلين قطعاً يمينه وأخذاً منه دية الأخرى بينهما) لأهما استويا في سبب الاستحقاق كالغرماء في التركة (فان قطعها أحدهما مع غيبة الآخر فلاأخر دية يده) لأن الحاضر استوفى حقه وبقي حق الغائب وتعذر استيفاء القصاص فيصار إلى الدية . قال (وإذا كان القاطع أشل أو ناقص الأصابع ، فالماقطوع إن شاء قطع المعيبة ، وإن شاء أخذ دية يده) لأنه تعذر استيفاء حقه كمالاً ، فان رضي

وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ ، وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَكْبَرَ فَالْمَشْجُوجُ
إِنْ شَاءَ أَخَذَ بِقَدْرِ شَجَّتِهِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ أَرْضَهَا ؛ وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ
خَطَا ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ الْبِرِّ أَوْ خَطَا بَعْدَهُ ، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا ثُمَّ
قَتَلَهُ خَطَا أَوْ عَمْدًا بَعْدَ الْبِرِّ أُخِذَ بِالْأَمْرَيْنِ ،

بدون حقه أخذه ولا شيء له غيره ، وإن شاء أخذ العوض وهو الأرض ، كمن غصب
مثليا فأثلمه ثم انقطع عن أيدي الناس ، فللمالك أن يأخذ القيمة كذا هذا ؛ ولو سقطت
اليد المعيبة أو قطعت ظلما فلا شيء عليه لتعين حقه في القصاص ، وإنما يصير مالا باختياره
فيسقط بفوات محله ؛ ولو قطعت في قصاص أو سرقة فعليه الأرض لأنه أوفى بها حقا مستحقا
عليه فهي سالمة له معنى (وكذلك لو كان رأس الشاج أصغر) لأنه تعذر استيفاء حقه كاملا
لأنه إن أخذ بقدر شجته مساحة يتعدى إلى غير حقه ، لأنه إذا شج ما بين قرنيه وما بين قرني
الشاج أقل مساحة ، فإذا استوفى مقدار شجته وهو إنما يستحق ما بين قرنيه فقد تعدى
إلى غير حقه فيتخير كما قلنا (ولو كان رأس الشاج أكبر فالمشجوج إن شاء أخذ بقدر
شجته ، وإن شاء أخذ أرضها) لأنه لو أخذ ما بين قرني الشاج يزداد شين الشاج بطول
الشجة ، وليس له ذلك فيتخير لما مر ، وكذلك إذا استوعبت الشجة من جبهته إلى قفاه ،
ولا يبلغ قفا الشاج فيخير كما قلنا . قال (ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا قبل البرء أو
خطا بعده ، أو قطع يده عمدا ثم قتله خطا أو عمدا بعد البرء أخذ بالأمرين) والأصل فيه
أنه متى أمكن الجمع بين الجراحات تجمع ، لأن القتل غالبا إنما يقع بجراحات متعاقبة ،
فلو اعتبرنا كل جراحة على حدة أدت إلى الحرج ، وإذا لم يمكن يعطى كل جراحة حكمها
وفي هذه المسائل تعذر الجمع . أما الأول فلتغاير الفعلين وتغاير حكمهما ، وكذلك الثالثة
وأما الثانية والرابعة فلتدخل البرء بينهما وأنه قاطع للسراية حتى لو لم يتدخل بينهما برء يجمع
بينهما ، ويكتفى بدية واحدة في الخطأين ، وكذلك عندهما في العمدين بأن قطع يده عمدا ،
ثم قتله عمدا قبل البرء يجمع بينهما ويقتل ولا يقطع ، لأن الفعل متحد ولم يتدخل البرء
فيجمع بينهما كما في الخطأ . وقال أبو حنيفة : إن شاء الإمام قال لهم : اقطعوه ثم اقتلوه ،
وإن شاء قال لهم : اقتلوه ، لأن الجمع متعذر لأن الواجب القود وهو يعتمد المساواة
وذلك بأن يكون القطع بالقطع والقتل بالقتل فتعذر الجمع ، أو لأن القتل يمنع إضافة
السراية إلى القطع ، ألا ترى أنهما لو وجدا من شخصين يجب القصاص على القاتل فصار
كما إذا تخلل البرء ، بخلاف ما إذا سرى القطع لأن الفعل واحد ، وبخلاف الخطأين لأن
الواجب الدية ولا يعتبر فيها المساواة .

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ فَعَفَا عَنِ الْقَطْعِ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَى الْقَاطِعِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ ، وَلَوْ عَفَا عَنِ الْقَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ ، وَالشَّجَّةُ كَالْقَطْعِ . (سم) . وَإِذَا حَضَرَ أَحَدُ الْوَلِيِّينَ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْقَتْلِ ثُمَّ حَضَرَ الْآخَرُ فَلَمْ يُعِيدْ (سم) الْبَيِّنَةَ . رَجُلَانِ أَقَرَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْقَتْلِ فَقَالَ الْوَلِيُّ : قَتَلْتُمَاهُ فَلَهُ قَتْلُهُمَا ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْإِقْرَارِ شَهَادَةٌ فَهُوَ بَاطِلٌ ؛

قال (ومن قطع يد غيره فعفا عن القطع ثم مات فعلى القاطع الدية في ماله ، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس والشجة كالقطع) وقالوا : هو عفو عن النفس في المسألتين جميعا ، لأن العفو عن القطع أو عن الشجة عفو عن موجهه ، وموجهه القطع لو برأ ، والقتل لو سرى ، فكان عفو عن أيهما تحقق وصار كما إذا عفا عن الجناية ، فانه يتناول الجناية المقتصرة والسارية كذا هذا . ولأبي حنيفة أنه قتل نفسا معصومة عمدا ، فيجب القصاص قياسا ، والعفو وقع عن القطع لأعن القتل ، إلا أنا استحسنا وقلنا تجب الدية في ماله لوجود صورة العفو ، وذلك يوجب شبهة وهي دائرة للقصاص ، بخلاف العفو عن الجناية لأنه يعم اسم جنس ، وبخلاف قوله وما يحدث منه لأنه صريح في العفو عن القتل ، ثم إن كان خطأ يعتبر عفو من الثلث لأن موجهه المال وحق الورثة متعلق بالمال ، وإن كان عمدا فن جميع المال ، لأن موجهه القصاص ولم يتعلق به حق الورثة لأنه ليس بمال . قال (وإذا حضر أحد الوليين وأقام البينة على القتل ثم حضر الآخر فانه يعيد البينة) . وقالوا : لإعادة عليه ولو كان القتل خطأ لا يعيدها بالإجماع ، وأجمعوا أن الحاضر لا يقتص حتى يحضر الغائب لاحتمال العفو . لهما أن القصاص حق الميت بدليل صحة عفو حال حياته بعد الجرح ، ولو أنقلب مالا يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ويورث عنه فيقوم الواحد مقام الجميع في إقامة البينة . ولأبي حنيفة أن القصاص حق المقتول من وجه لما قالوا ، وحق الورثة من وجه ، فإن الوارث لو عفا عن الجراح حال حياة المجرور صح عفو ، ولو لم يكن حقه لما صح كإبراء الغريم فكان الاحتياط في الإعادة ، بخلاف الخطأ لأن الواجب المال وهو حق المقتول من كل وجه لأنه يصرف في حوائجه أولا ، وليس مبناه على التغليب حتى يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك العمد . قال (رجلان أقر كل واحد منهما بالقتل فقال الولي قتلناه فله قتلتهما ، ولو كان مكان الإقرار شهادة فهو باطل) وهو أن يشهد شاهدان أن زيدا قتله وآخرا أن عمرا قتله ، فقال الولي : قتلناه ، والفرق أنه كذب الشهود حيث قال قتلناه ، وكذب المقرين حيث قال قتلناه ، وتكذيب الشهود تفسيق لهم ، والفسق يمنع قبول الشهادة ، وتكذيب المقر في بعض ما أقر به لا ينطل لإقراره في الباقي فافترقا .

قال (ولورى مسلما فارتد والعياذ بالله ، ثم وقع السهم به فقيه الديّة ، ولو كان مرتداً فأسلم لاشيء فيه ؛ ولورى عبداً فأعتقه مولاه فقيه القيمة) أما الأولى فنذهب ، وقالوا : لاشيء فيه لأنهما يعتبران حالة الإصابة لأنها حالة التلف الموجبة للعقوبة ، وحالة التلف أسقط عصمة نفسه بالردة ، فكأنه أبرأ الراى فصار كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت ، وله أنه صار قاتلاً برميّه وأنه متقومٌ معصومٌ عند الرى لوجوده قبل الردّة . وقضيته وجوب القصاص إلا أن باعتبار حالة القتل أورث شبهة لردّته فسقط القصاص فتجب الديّة . فأبوحنيفة يعتبر حالة الرى ، ألا ترى أنه لورى إلى صيد ثم ارتدّ ثم وقع به السهم حلّ ، وكذا إذا رى إلى صيد ثم مات ثم أصابه حلّ ويكون له ، ولو كفر بعد الرى قبل الإصابة أجزأ عنه ، وذلك دليل أن المعتبر حالة الرى . وأما المسألة الثانية فبالإجماع لأن الرى ما وقع سبباً للضمان لأن المرمى غير متقومٍ فلا يتقلب سبباً بعد ذلك ، وعلى هذا إذا رى حريياً فأسلم ثم وقع به السهم لاشيء عليه لما قلناه . وأما المسألة الثالثة فقول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يجب فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمى ، لأن العتق قاطع للسراية فبقى الرى جنائياً ينتقص بها قيمة المرمى إليه فيجب النقصان . ولهما ما بينا أن المعتبر حالة الرى . فيصير قاتلاً من وقت الرى وهو مملوك فتجب قيمته ، وهذا بخلاف ما إذا قطع طرف عبد . ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد يجب عليه أرش اليد مع النقصان الذى نقصه القطع إلى أن عتق ، ولا يجب عليه قيمة النفس لأنه أتلف بعض المحلّ وأنه يوجب الضمان للمولى ، ولو وجب بعد السراية شيء لوجب للعبد ، فتصير نهاية الجنائية مخالفة لابتدائها ، وهنا الرى قبل الإصابة لا يجب به الضمان لأنه ليس باتلاف وإنما تقلّ به الرغبات فلا تختلف نهايته وبدأته .

كتاب الديات

الدِّيةُ الْمُغْلَظَةُ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتُ مَخَاضٍ وَمِثْلُهَا بِنْتُ لَبُونٍ وَحِقَاقٌ
وَجِذَاعٌ (م) .

كتاب الديات

الدية ما يؤدى ، ولما كان القتل يوجب ما لا يدفع إلى الأولياء سمي دية ، وإنما خص بما يؤدى بدل النفس دون غيرها من المتلفات ، لأن الاسم يشتق للتعريف بالتخصيص ولا يطردونه ، ووجوب الدية في القتل لحكمة بالغة ، وهى صون بنيان الآدمي عن المدم ودمه عن المدمر ، وجبت بالكتاب والسنة ، وهو قوله تعالى - ودية مسلمة إلى أهله - وقوله عليه الصلاة والسلام « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » أى تجب بسبب قتل النفس المؤمنة مائة من الإبل .

قال (الدية المغلظة خمس وعشرون بنت مخاض ومثلها بنت لبون وحقاق وجذاع) وقال محمد : ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون مابين ثنية إلى بازل عام كلها خلفات في بطونها أولادها (١) لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في حجة الوداع « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها » ودية شبه العمد أغلظ فتجب كما قلنا (٢) . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « في النفس مائة من الإبل » وروى الزهرى أن الدية كانت على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام أرباعا ، ومعلوم أنه لا يراد به الخطأ ، فبقى المراد شبه العمد ، ولو أوجبنا الحوامل وجب الزيادة على المائة . وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن التغليظ أرباع كما قلنا ولا يعرف ذلك إلا سمعا فكان معارضا لما روى ، ولأن الصحابة اختلفوا في صفة التغليظ ، ولو كان ما روينا ثابتا لارتفع خصوصها وقد ورد على زعمكم في حجة الوداع مع تكاثر المسلمين فكان يشهر ، ولو اشتهر لاحتج به البعض على البعض ، ولو احتج لارتفع الخلاف ، ولما لم يرتفع دل على عدم ثبوته ولأنه لا يجوز إيجاب الحامل فانه لا يعلم الحمل حقيقة فيكون (١) قوله بين ثنية الخ . الثنى من الإبل : ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة . والبازل من الإبل : ما دخل في السنة التاسعة ، وقوله : في بطونها أولادها تفسير لقوله خلفات . (٢) قوله فتجب كما قلنا ، صريح في أنها لا تجب إلا من الإبل أرباعا وإلا فلا فائدة في التغليظ ولا في تعيين الموجب فيه تأمل .

وغير المغلظة عشرون ابن مخاض ومثلها بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع ، أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم ؛ ولا تجب الدية من شيء آخر (سم) ؛ ودية المرأة نصف ذلك ، ولا تغليظ إلا في الإبل ؛ ودية المسلم والذمي سواء .

تكليف ماليس في الوسع . قال (وغير المغلظة عشرون ابن مخاض ومثلها بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع) فهي أخماس من كل صنف عشرون هكذا قاله ابن مسعود ، وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في قتل قتل خطأ بمائة من الإبل أخماسا كما قلنا ، ولأن الخطأ أخف فتناسب التخفيف في موجهه وذلك بما ذكرنا . قال (أو ألف دينار ، أو عشرة آلاف درهم) كل عشرة وزن سبعة مثاقيل لما روى مرار بن حارثة قال : « قطعت يد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى على القاطع بخمسة آلاف درهم » . وعن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية بعشرة آلاف درهم ومن الدنانير بألف دينار . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام قضى في قتل بعشرة آلاف درهم » وما روى أنه قضى بأثنى عشر ألف . قال محمد بن الحسن : كان وزن ستة فيحمل عليه توفيقا (ولا تجب الدية من شيء آخر) وقالوا : تجب من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان إزار ورداء ، لما روى عبيدة السلماني أن عمر رضي الله عنه قضى في الدية بعشرة آلاف درهم ، ومن الدنانير بألف دينار ، ومن الإبل بمائة ، ومن البقر بمائتي بقرة ، ومن الغنم بأثنى شاة ، ومن الحلل بمائتي حلة ، ومراده أنه قدر الدية بهذه المقادير ، لأن القضاء لم يقع في وقت واحد بجميع هذه الأجناس . ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « في النفس مائة من الإبل » وقضيته أن لا يجب ما سواها إلا ما دل الدليل عليه ، وإنما دل على الذهب والفضة هو ما تقدم من قضائه عليه الصلاة والسلام . ومن أصحابنا من روى عن أبي حنيفة مثل قولهما ، فانه قال : إذا صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة لم يجز ، وهذا آية التقدير . قال (ودية المرأة نصف ذلك) هكذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم . وعن عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت كذلك أيضا ولأنها في الميراث ، والشهادة على النصف من الرجل فكذلك الدية . قال (ولا تغليظ إلا في الإبل) لأنه لم يرد النص بالتغليظ إلا فيها ولا يعرف ذلك إلا نصا . قال (ودية المسلم والذمي سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام « دية كل ذى عهد في عهده ألف دينار » وقال الزهري : قضى أبو بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم في دية الذمي بمثل دية المسلم ، وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوها فأعلمهم أن لهم بالمسلمين وعليهم ما على المسلمين » وللمسلمين إذا قتل قتلهم ألف دينار فيكون لهم كذلك ، وكذلك دية المستأمن لما روى

وَفِي النَّفْسِ الدِّيَّةُ ، وَكَذَلِكَ فِي الْأَنْفِ وَالذِّكْرِ وَالْحَشْفَةِ وَالْعَقْلِ وَالْأُذُنِ
وَالذَّوْقِ وَالسَّمْعِ وَالْبَصَرِ وَاللِّسَانِ ، وَبَعْضُهُ إِذَا مُنِعَ الْكَلَامُ ، وَالصَّلْبُ إِذَا
مُنِعَ الْجِمَاعُ ، أَوْ انْقَطَعَ مَائُهُ أَوْ أَحْدَوْدَبَ ، وَكَذَا إِذَا أَفْضَاهَا فَلَمْ
تَسْتَمْسِكِ الْبُولَ ؛

ابن عباس أن مستأمنين جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكساهما وحملهما وخرجا
من عنده ، فلقبهما عمرو بن أمية الضمري فقتلهما ولم يعلم بأمانهما ، فوداهما رسول الله
عليه الصلاة والسلام بدينى حزين مسلمين .

فصل

(وفي النفس الدية) لما روينا ، والمراد نفس الحرّ ويستوى فيه الصغير والكبير والوضيع
والشريف والمسلم والذي لاستوائهم في الحرمة والعصمة وكمال الأحوال في الأحكام الدنيوية
قال (وكذلك في الأنف والذكر والحشفة والعقل والشمّ والذوق والسمع والبصر واللسان ،
وبعضه إذا منع الكلام ، والصلب إذا منع الجماع ، أو انقطع مائهُ ، أو احدودب ، وكذا
إذا أفضاهما فلم تستمسك البول) والأصل في ذلك أنه متى أزال الجمال على وجه الكمال
أو أذهب جنس المنفعة أصلا تجب الدية كاملة ، لأن تفويت جنس المنفعة إلتلاف للنفس
معنى في حق تلك المنفعة ، لأن قيام النفس معنى بقيام منافعها ، فكان تفويت جنس المنفعة
كتفويت الحياة ، والجمال مقصود في الحيوانات كالمنفعة ، ولهذا ترداد قيمة المملوك
بالجمال ، وتفويت جنس المنفعة إنما أوجب الدية تشريفاً وتكريماً للآدمي وشرفه بالجمال
كشرفه بالمنافع فيتعلق به كمال الدية ، ويؤيد ذلك ما روى سعيد بن المسيب أن النبي عليه
الصلاة والسلام قال « في النفس الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي الأنف
الدية ، وفي المارن الدية » وهكذا كتب عليه الصلاة والسلام لعمر بن حزم ، إذا ثبت
هذا فنقول : إذا قطع الأنف أزال الجمال على الكمال ، وكذا المارن والأرنية والكل
عضو واحد ، فلا يجب بقطع الكل إلا دية واحدة ؛ وفي قطع الذكر تفويت منفعة الوطء
واستسناك البول ورمي الماء ودققه والإيلاج الذي هو طريق العلوق عادة . وأما الحشفة
فهي الأصل في منفعة الإيلاج والدق والقصبه تبع له . وأما العقل فنفعته أعظم الأشياء وبه
ينتفع لادنياء وآخرته ، ومنافعه أعظم من أن تحصى ، والشمّ والذوق والسمع والبصر منافع
مقصودة ، وعمر رضى الله عنه قضى في ضربة واحدة بأربع ديات حيث ذهب بها العقل
والكلام والسمع والبصر ، وفي قطع اللسان لإزالة منفعة مقصودة وهي منفعة النطق ، وكذلك
إذا زالت بقطع البعض لوجود الموجب . ولو عجز عن النطق ببعض الحروف ، فإن عجز عن
الأكثر تجب كل الدية لأنه فات منفعة الكلام ، وإن قدر على أكثرها فحكومة عدل

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَاً ثُمَّ قَتَلَهُ قَبْلَ الْبُرْءِ خَطَاً فَقَبِيهِ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ،
وَمَا فِي الْبَدَنِ اثْنَانِ فَقَبِيهِمَا الدِّيَّةُ وَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَّةِ ، وَمَا فِيهِ أَرْبَعَةٌ
فَقَبِي أَحَدَهَا رُبْعُ الدِّيَّةِ ، وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ عَشْرُ الدِّيَّةِ . وَتُقَسَّمُ عَلَى مَقَاصِلِهَا ،

لحصول الإفهام لكن مع خلل ؛ والجماع منفعة مقصودة يتعلق به مصالح جمة ، فلذا فات
وجوب به دية كاملة ، وبانقطاع الماء يفوت جنس المنفعة ، وبالحلوبة يزول الجمال على
وجه الكمال ، فلو زالت الحلوبة لايجب شيء لزوال الموجب ؛ واستمسك البول منفعة
مقصودة فتجب الدية بزوالها . قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء خطأ ففيه
دية واحدة) لاتحاد الجنس وقد تقدم . قال (وما في البدن اثنتان ففيهما الدية وفي أحدهما
نصف الدية) وهي الأذنان والعينان إذا ذهب نورهما سواء ذهبت الشحمة أو بقيت ،
لأن المنفعة بالنور لبالشحمة ، واللبان والشفتان والحاجبان واليدان والرجلان وسمع
الأذنين وثديا المرأة وحلمتاها ، لأن اللبن لا يستمسك دونهما ، وبفواتها تفوت منفعة
الإرضاع ، والأنثيان والأليتان إذا استوصل لحمهما حتى لا يبقى على الورك لحم ، والأصل
فيه ما روى سعيد بن المسيب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « في العينين الدية ، وفي
الأذنين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الشفتين
الدية » وفي كتاب عمرو بن حزم « وفي العينين الدية ، وفي أحدهما نصف الدية » ولأن
المنفعة تفوت بفواتها أو الجمال كاملا ، وبفوات أحدهما يفوت النصف . وإذا قطع
الأنثيين مع الذكر ، أو قطع الذكر أولا ثم الأنثيين ففيهما ديتان ، لأن منفعة الأنثيين بعد
قطع الذكر قائمة وهي إمساك المنى والبول ، فان قطع الأنثيين ثم الذكر ففي الأنثيين الدية ،
وفي الذكر حكومة عدل ، لأن بقطع الأنثيين صار خصيا ، وفي ذكر الخصي حكومة ولأنه
اختلفت منفعته بقطع الأنثيين وهي منفعة الإيلاد فصار كاليد الشلاء . قال (وما فيه
أربعة ففي أحدها ربع الدية) وهي أشفار العينين وأهدابها ، لأنه يفوت به الجمال على
الكمال وجنس المنفعة ، وهو دفع القذى عن العين ، فإن قطع الأشفار وحدها وليس فيها
أهداب ففيها الدية وفي أحدها ربع الدية ، وكذلك الأهداب ، وإن قطعها معا فدية واحدة
لأنها كعضو واحد كالمارن مع الأنف . قال (وفي كل أصبع عشر الدية) يعني من أصابع
اليدين والرجلين . قال عليه الصلاة والسلام « في كل أصبع عشر من الإبل » والأصابع
كلها سواء ، وفي قطع الكل تفويت جنس المنفعة فتجب دية كاملة وهي عشر فيقسم
عليها (وتقسم) دية الأصبع (على مناصلها) فما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف ديتها ،
وما فيها ثلاث مفصل في أحدها ثلثا اعتبارا بانقسام دية اليد على أصابعها .

وَالْكَفَّ تَبَعَ لِلْأَصَابِعِ ، وَفِي كُلِّ سَنَةٍ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ ، فَإِنْ قَلَعَهَا
فَنَبَتَتْ أُخْرَى مَكَانَهَا سَقَطَ الْأَرْضُ ، وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ إِذَا حُلِقَ فَلَمْ يَنْبُتِ
الدِّيَةُ ، وَكَذَلِكَ اللَّحْيَةُ وَالْحَاجِبَانِ وَالْأَهْدَابُ ، وَفِي الْيَدِ إِذَا شُلَّتْ ، وَالْعَيْنِ
إِذَا ذَهَبَ ضَوْؤُهَا الدِّيَةُ ، وَفِي الشَّارِبِ ، وَلَحْيَةِ الْكُوسَجِ ، وَتَدْمِيهِ الرَّجُلِ ،
وَذَكَرِ الْخَصِيِّ وَالْعَيْنَيْنِ ، وَلِسَانِ الْآخْرَسِ ،

قال (والكف تبع للأصابع) لأن منفعة البطش بالأصابع والدية وجبت بتفويت المنفعة . قال
(وفي كل سن نصف عشر الدية) قال عليه الصلاة والسلام « وفي كل سن خمس من الإبل »
والأسنان كلها سواء الثنايا والأنياب والأضراس لإطلاق الحديث ، واسم السن يتناول
الكل فيجب في الأسنان دية وثلاثة أخماس دية ، لأن الأسنان اثنان وثلاثون سنا عشرون
ضرسا وربعة أنياب وأربع ضواحك وأربع ثنايا . وأسنان الكوسج قالوا ثمانية وعشرون
فيجب دية وخمسا دية ، وهذا غير جار على قياس الأعضاء إلا أن المرجع فيها إلى النص .
قال (فإن قلعها فنبتت أخرى مكانها سقط الأرض) لزوال سببه ، ولو أعاد المقلوع إلى
مكانها فنبتت فعليه الأرض وكذلك الأذن لأنها لا تعود إلى الحالة الأولى في المنفعة والجمال ،
والمقلوع لا ينبت ثانيا لأنه لا يلتزق بالعروق والعصب فكان وجود هذا النبات وعدمه سواء حتى
لو قلعه إنسان لشيء عليه ؛ ولو اسودت السن من الضربة أو احرمت أو اخضرت ففيها الأرض
كاملا لأنها تبطل منفعتها إذا اسودت فانها تتناثر ويفوت بذلك الجمال كاملا ، ولو اصفرت
فعن أبي حنيفة حكومة عدل لأن الصفرة لا تذهب منفعتها بل توجب نقصانها فتجب الحكومة ؛
ولو ضرب سنا فتحرك ينتظر به حولا لاحتمال أنها تشتد ، وإن سقط أو حدث فيه صفة
بما ذكرنا وجب فيها ما قلنا ، لأن الجنايات تعتبر فيها حال الاستقرار ، قال عليه الصلاة
والسلام « يستأنّ بالجراح حتى يبرأ » ولأنها إذا لم تستقر لا يعلم الواجب فلا يجوز القضاء .
قال (وفي شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت الدية . وكذلك اللحية والحاجبان والأهداب) أما
الحاجبان والأهداب فلما مرّ ، وأما اللحية فلأن فيها جمالا كاملا لقوله عليه الصلاة والسلام
« إن ملائكة سماء الدنيا تقول : سبحان من زين الرجال باللحي والنساء بالنواذب » وعن
علي رضي الله عنه : أنه أوجب في شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت دية كاملة ، وكذلك قال
في اللحية . وكان أبو جعفر المتهلواني يقول في اللحية : إنما تجب الدية إذا كانت كاملة
يتجمل بها ، أما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها ، وإن كانت غير
متفرقة لا يتجمل بها وليست مما تشين ففيها حكومة عدل . قال (وفي اليد إذا شلت والعين إذا
ذهب ضوؤها الدية) لأنها إذا عدمت المنفعة فقد عدمت معنى فتجب الدية على ما بينا . قال
(وفي الشارب ولحية الكوسج وتدى الرجل وذكر الخصي والعين ولسان الآخرس)

وَالْيَدِ الشَّلَاءُ ، وَالْعَيْنِ الْعَوْرَاءُ ، وَالرَّجُلِ الْعَرْجَاءُ ، وَالسِّنُّ السَّوْدَاءُ ،
وَالْأَصْبَعُ الزَّائِدَةُ ، وَعَيْنُ الصَّبِيِّ وَلِسَانُهُ وَذَكَرُهُ إِذَا لَمْ تَعْلَمْ صَحَّتْهُ حُكُومَةُ
عَدْلٍ ، وَإِذَا قُطِعَ الْيَدُ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ فَفِي الْكَفِّ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَفِي
الزَّائِدِ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَمَنْ قَطَعَ أَصْبُعًا فَشَلَّتْ أُخْرَى ، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ
الْيُمْنَى فَشَلَّتِ الْيُسْرَى فَلَا قِصَاصَ (سم) ،

واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسِّنُّ السوداء والأصبع الزائدة وعين الصبي
ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته حكومة عدل (أما الشارب فهو تبع للحية ، وقد قيل السنة
فيها الخلق فلم يكن جمالا كاملا ، ولحية الكوسج ليست جمالا كاملا ، وكل ما يجب
في الشعر إنما يجب إذا فسد المنبت ، أما إذا عاد فنبت كما كان لا يجب شيء لعدم الموجب ،
وثدى الرجل لامنفعة فيه ولا جمال ، وذكر الخصى والعين واليد الشلاء ولسان الأخرس
والعين العوراء والرجل العرجاء لعدم فوات المنفعة ، ولا جمال في السن السوداء ولا منفعة
في الأصبع الزائدة ، وإنما وجبت حكومة عدل تشريفا للآدمي لأنه جزء منه ، وأعضاء
الصبي إذا لم تعلم صحته وسلامة منفعتها لا تجب الدية بالشك والسلامة وإن كانت ظاهرة
فالظاهر لا يصلح حجة للإلزام ، واستهلال الصبي ليس بكلام بل مجرد صوت وصحة اللسان
تعرف بالكلام ، والذكر بالحركة ، والعين بما يستدل به على النظر ، فإذا عرف صحة ذلك
فهو كالبالغ في العمد والخطأ ؛ وفي شعر بدن الإنسان حكومة لأنه لامنفعة فيه ولا جمال فانه
لا يظهر ، ولو ضرب الأذن فيبست فيها حكومة ، وفي قلع الأظفار فلم تنبت حكومة لأنه
لم يرد فيها أرش مقدّر . قال (وإذا قطع اليد من نصف الساعد ففي الكف نصف الدية) لما
تقدم (وفي الزائد حكومة عدل) لأنه لامنفعة فيه ولا جمال ، وكذلك إن قطعها من المرفق
لما بينا . قال (ومن قطع أصبعا فشلت أخرى ، أو قطع يده اليمنى فشلت اليسرى فلا
قصاص) وقالوا : عليه القصاص في الأولى والأرش في الثانية ، وعلى هذا الخلاف إذا
شجّه موضحة فذهب سمعه أو بصره ؛ وأجمعوا لو شجّه موضحة فصارت منقلة ، أو كسر
سنه فاسود الباقي ، أو قطع الكف فشلت الساعد ، أو قطع إصبعافشل الكف ، أو قطع مفصلا
من الأصبع فشلت باقيها لا قصاص عليه وعليه أرش الكل . لهما في الخلافات أنه تعدد
محل الجناية فلم يلزم من سقوط القصاص في أحدهما سقوطه في الآخر ، كما إذا جنى على
عضو عمدا وعلى آخر خطأ . ولأن حنيفة أن جانيته وقعت سارية بفعل واحد ، والمحل متحدا من
حيث الاتصال فتعدّ القصاص لأن القصاص ينبئ عن المماثلة وليس في وسعه القطع بصفة السرية ؛
وإذا تعدّ القصاص وجب المال كما في مواضع الإجماع ، بخلاف ما قاسا عليه لأن أحدهما ليس
بسرية للآخر ؛ ولو قطع كفا فيها أصبع أو أصبعان فعليه أرش الأصابع ولا شيء في الكف .

وَعَمْدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ خَطَاٌ .

فصل

الشَّجَاجُ عَشْرَةٌ : الْخَارِصَةُ ، وَهِيَ الَّتِي تَخْرُصُ الْجِلْدَ . ثُمَّ الدَّامِغَةُ الَّتِي تَخْرِجُ مَا يُشْبِهُ الدَّمَغَ . ثُمَّ الدَّامِغَةُ الَّتِي تَخْرِجُ الدَّمَ . ثُمَّ الْبَاضِعَةُ الَّتِي تَبْضَعُ اللَّحْمَ . ثُمَّ الْمُتَلَاخِمَةُ الَّتِي تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ . ثُمَّ السَّمْحَاقُ ، وَهُوَ جِلْدَةٌ فَوْقَ الْعَظْمِ تَصِلُ إِلَيْهَا الشَّجَّةُ . ثُمَّ الْمَوْضِجَةُ الَّتِي تُوضِحُ الْعَظْمَ . ثُمَّ الْهَاشِمَةُ الَّتِي تَهْشِمُ الْعَظْمَ . ثُمَّ الْمُنْقَلَةُ الَّتِي تَنْقُلُ الْعَظْمَ بَعْدَ الْكَسْرِ . ثُمَّ الْأَمَةُ الَّتِي تَصِلُ إِلَى أُمِّ الدِّمَاغِ .

وقالا : ينظر إلى أرش الأصبع والأصبعين وإلى حكومة العدل في الكف ؛ فيدخل الأقل في الأكثر لأنهما جنايتان بفعل واحد في محل واحد فلا يجب الأرشان ، ولا سبيل إلى إهدار أحدهما فرجحنا بالأكثر كالموضحة إذا أسقطت بعض شعر الرأس . وله أن الأصابع أصل والكف تبع ، لأن البطش يقوم بها ، ولأن قطع الأصابع يوجب الدية كاملة ، ولا كذلك قطع الكف ، والأصل وإن قل يستتبع التبع ، بخلاف ما ذكر لأن أحدهما ليس تبعاً للآخر ؛ ولو قطع الكف وفيه ثلاث أصابع وجب أرش الأصابع بالإجماع لأن الأصابع هي الأصل لما بينا ، ولأن أكثر حكم الكل . قال (وعمد الصبي والمجنون خطأ) لقوله عليه الصلاة والسلام « عمد الصبي خطأ » وروى أن مجنوناً قتل رجلاً بسيف فقتل على رضى الله عنه بالدية على عاقلته من غير تكبير ، ولأن القصاص عقوبة ولا يستحقان العقوبة بفعلهما كالحدود ؛ وكذا من أحكام العمد المنأثم ولا إثم عليهما .

فصل

(الشجاجة عشرة : الخارصة وهي التي تخرص الجلد) أي تشقه أو تخدشه ولا يخرج الدم (ثم الدامغة التي تخرج ما يشبه الدمع) وقيل التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين . (ثم الدامغة التي تخرج الدم) وتسيله (ثم الباضعة التي تبضع اللحم) أي تقطعه ، وقيل تقطع الجلد (ثم المتلاخمة التي تأخذ في اللحم) وعلى الوجه الأول تأخذ في اللحم أكثر من الباضعة (ثم السمحاق ، وهو جلدة فوق العظم تصل إليها الشجة ، ثم الموضحة التي توضح العظم) أي تكشفه (ثم الهاشمة التي تهشم العظم) أي تكسره (ثم المنقلة التي تنقل العظم بعد الكسر ، ثم الأمة التي تصل إلى أم الدماغ) وهي جلدة تحت العظم فيها الدماغ ، قالوا ثم الدامغة ، وهي التي تخرق الجلد وتصل إلى أم الدماغ ولم يذكرها محمد إذ لا فائدة في ذكرها فإنه لا يعيش

فَقِي الْمَوْضِیَّةِ الْقِصَاصُ 'إِنْ كَانَتْ عَمْدًا ، وَفِي الَّتِي قَبْلَهَا حُكُومَةُ عَدَلٍ ،
وَفِي الْمَوْضِیَّةِ الْخَطَا نِصْفُ عَشْرِ الدِّیَةِ ؛ وَفِي الْهَاشِمَةِ الْعُشْرُ ؛ وَفِي الْمُنْقَلَةِ
عَشْرٌ وَنِصْفٌ ؛ وَفِي الْأَمَّةِ الثَّلَاثُ ، وَكَذَا الْجَائِفَةُ ، فَإِذَا نَفَذَتْ فَثَلَاثَانِ ،
وَالشَّجَاجُ يَخْتَصُّ بِالْوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالْجَائِفَةُ بِالْجَوْفِ وَالْجَنْبِ وَالظَّهْرِ ، وَمَا
سِوَى ذَلِكَ جِرَاحَاتٌ فِیْهَا حُكُومَةُ عَدَلٍ ؛ وَحُكُومَةُ الْعَدَلِ أَنْ یُقَوِّمَ
الْمَجْرُوحُ عَبْدًا سَالِمًا وَسَلِیًّا فَمَا نَقَصَتْ الْجِرَاحَةُ مِنَ الْقِیمَةِ یُعْتَبَرُ مِنَ الدِّیَةِ ،

مَعَهَا وَلِیْسَ لَهَا حَكْمٌ ، وَلَمْ یَذْكُرِ الْخَارِصَةَ وَالْدَامِعَةَ لِأَنَّهَا لَا یَبْقَى لَهَا أَثَرٌ غَالِبًا ، وَالشَّجَّةُ الَّتِی
لَا أَثَرَ لَهَا لِاحْكَمَ لَهَا . قَالَ (فِی الْمَوْضِیَّةِ الْقِصَاصُ إِنْ كَانَتْ عَمْدًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - وَالْجُرُوحُ
قِصَاصٌ - وَأَنَّهُ مُمْكِنٌ فِیْهَا لِأَنَّهُ یُمْكِنُ أَنْ یَنْهَى السَّكِینَ إِلَى الْعِظَمِ فَتَحَقِّقُ الْمَسَاوَاةَ ، وَقَدْ
قَضَى عَلَیْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالْقِصَاصِ فِی الْمَوْضِیَّةِ . قَالَ (وَفِي الَّتِی قَبْلَهَا حُكُومَةُ عَدَلٍ)
لِأَنَّهُ لِیْسَ فِیْهَا أَرْضٌ مَقْدَرٌ وَلَا یُمْكِنُ إِهْدَارُهَا فَتَجِبُ الْحُكُومَةُ . قَالَ عَمْرُو بْنُ عَبْدِ الْعَزِیزِ :
مَا دُونَ الْمَوْضِیَّةِ خَلُوشٌ فِیْهَا حُكُومَةُ عَدَلٍ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ فِی الْأَصْلِ : فِیَا قَبْلَ الْمَوْضِیَّةِ
الْقِصَاصُ دُونَ مَا بَعْدَهَا لِأَنَّهُ یُمْكِنُ اعْتِبَارُ الْمَسَاوَاةِ فِیَا قَبْلَهَا بِمَعْرِفَةِ قَدْرِ الْجِرَاحَةِ بِمِسْهَارٍ ثُمَّ
تَتَوَخَّذُ حَدِیدَةً عَلَى قَدْرِهَا وَیَنْفِذُ فِی اللَّحْمِ إِلَى آخِرِهَا فِیَسْتَوْفِی مِثْلَ مَا فَعَلَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى
- وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ - وَلَا یُمْكِنُ ذَلِكَ فِیَا بَعْدَهَا ، لِأَنَّ كَسْرَ الْعِظَمِ وَتَنْقِلَهُ لَا یُمْكِنُ الْمَسَاوَاةَ
فِیْهِ . قَالَ (وَفِي الْمَوْضِیَّةِ الْخَطَا نِصْفُ عَشْرِ الدِّیَةِ ، وَفِي الْهَاشِمَةِ الْعُشْرُ ، وَفِي الْمُنْقَلَةِ عَشْرٌ
وَنِصْفٌ ، وَفِي الْأَمَّةِ الثَّلَاثُ ، وَكَذَا الْجَائِفَةُ ، فَإِذَا نَفَذَتْ فَثَلَاثَانِ) لِمَا رَوَى عَمْرُو بْنُ حَزَمٍ
أَنَّ النَّبِيَّ عَلَیْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَتَبَ لَهُ « وَفِي الْمَوْضِیَّةِ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ ، وَفِي الْهَاشِمَةِ عَشْرٌ ،
وَفِي الْمُنْقَلَةِ خَمْسَةُ عَشْرٍ ، وَفِي الْأَمَّةِ ثَلَاثُ الدِّیَةِ » وَقَالَ عَلَیْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « فِی الْجَائِفَةِ
ثَلَاثُ الدِّیَةِ » وَعَنْ أَبِي یَكْرُورِضِی اللَّهِ عَنْهُ أَنَّهُ حَكَمَ فِی جَائِفَةٍ نَفَذَتْ بِثَلَاثِ الدِّیَةِ ، لِأَنَّهَا إِذَا نَفَذَتْ
فَهِیَ جَائِفَتَانِ . قَالَ (وَالشَّجَاجُ یَخْتَصُّ بِالْوَجْهِ وَالرَّأْسِ) لِغَةِ كَالْحَدِیْنِ وَالذَّقْنِ وَاللَّحِیْنِ
وَالْجِبَةِ (وَالْجَائِفَةُ بِالْجَوْفِ وَالْجَنْبِ وَالظَّهْرِ وَمَا سِوَى ذَلِكَ جِرَاحَاتٌ فِیْهَا حُكُومَةُ عَدَلٍ)
لِأَنَّهَا غَیْرُ مَقْدَرَةٍ وَلَا مَهْلِكَةٍ فَتَجِبُ حُكُومَةُ عَدَلٍ . قَالَ (وَحُكُومَةُ الْعَدَلِ أَنْ یُقَوِّمَ الْمَجْرُوحُ
عَبْدًا سَالِمًا وَسَلِیًّا) أَى صَحِیحًا وَجَرِیْحًا (فَمَا نَقَصَتْ الْجِرَاحَةُ مِنَ الْقِیمَةِ یُعْتَبَرُ مِنَ الدِّیَةِ)
لِإَنَّ نَقَصَتْ عَشْرَ الْقِیمَةِ تَجِبُ عَشْرُ الدِّیَةِ وَعَلَى هَذَا ، وَأَرَادَ بِالسَّلَامِ الْجَرِیْحَ ، وَإِنْ كَانَ
مَوْصُوعًا لِلدِّیَغِ اسْتِعَارَةً لِأَنَّهُ فِی مَعْنَاهُ ، وَهَذَا عِنْدَ الطَّحَاوِیِّ لِأَنَّ الْجِرَاحَةَ لَا یُمْكِنُ تَقْوِیمَهُ وَالْقِیمَةَ
لِلْعَبْدِ كَالدِّیَةِ لِلْحُرِّ ، فَمَا أُوجِبَتْ نَقْصًا فِی أَحَدِهِمَا اعْتَبِرَ بِالْآخَرِ . وَقَالَ الْكَرْخِی : یُؤْخَذُ
مَقْدَارُهُ مِنَ الشَّجَّةِ الَّتِی لَهَا أَرْضٌ مَقْدَرٌ بِالْخَزَرِ فِیَنْظُرُ كَمَ مَقْدَارِ هَذِهِ الشَّجَّةِ مِنَ الْمَوْضِیَّةِ

وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعَرُ رَأْسِهِ دَخَلَ فِيهِ أَرْضُ الْمَوْضِحَةِ ؛
وَلِإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ لَمْ تَدْخُلْ ، وَيَجِبُ أَرْضُ الْمَوْضِحَةِ
مَعَ ذَلِكَ وَلَا يُقْتَصَرُ مِنَ الْمَوْضِحَةِ وَالطَّرْفِ حَتَّى تَبْرَأَ ، وَلَوْ شَجَّهُ فَالْتَحَمَتْ
وَتَبَّتْ الشَّعْرُ سَقَطَ (س) الْأَرْضُ .

فيجب بقدره من نصف عشر الدية قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل فيه أرض الموضحة) لأن العقل إذا فات فوات منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا شجته فوات ؛ وأما الشعر فلأن أرض الموضحة يجب لفوات بعض الشعر حتى لو نبت سقط الأرض ، والدية تجب بفوات جميع الشعر ، وقد تعلقا بفعل واحد فيدخل الجزء في الكل كما لو قطع أصبعه فشلت يده . قال (وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لم تدخل ، ويجب أرض الموضحة مع ذلك) لما روينا عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في ضربة واحدة بأربع ديات ولأن منفعة كل عضو من هذه الأعضاء مختصة به لا تعدى إلى غيره فأشبهه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل فإن منفعته تعدى إلى جميع الأعضاء . وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام دون البصر ، لأن السمع والكلام أمر باطن فاعتبره بالعقل ؛ أما البصر أمر ظاهر فلا يلتحق به . وطريق معرفة ذهاب هذه الأشياء وبقائها اعتراف الجاني أو تصديقه للمجنى عليه أو ينكوله عن البين كما في سائر الحقوق ويعرف البصر بأن ينظره عدلان من الأطباء لأنه ظاهر يعرف ؛ ومن أصحابنا من قال : يستعلم البصر بأن يجعل بين يديه حية يختبر حاله بها . وأما السمع فيستغفل المدعى ذهاب سمعه كما روى أن رجلا ضرب امرأة فادّعت ذهاب سمعها ، فاحتكما إلى القاضي إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة فتشاغل عنها ثم التفت إليها فقال : غطى عورتك فجمعت ذيلها فعلم أنها كاذبة . وأما الكلام فيعرف بأن يستغفل حتى يسمع كلامه أولا . وأما الشم فيختبر بالرائحة الكريهة فإن جمع منها وجهه علم أنه كاذب . قال (ولا يقتصر من الموضحة والطرف حتى تبرأ) لما روى أن رجلا جرح حسان بن ثابت فجاء الأنصار إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فطلبوا القصاص فقال : « انتظروا ما يكون من صاحبكم » فأما الجراحة الخطأ فلا شبهة فيها لأنها إن اقتصرت فظاهر وإن سرت فقد أخذ بعض الدية فيأخذ الباقي . قال (ولو شججه فالتحمت ونبت الشعر سقط الأرض) لزوال الموجب وهو الشين . وقال أبو يوسف : عليه أرض الألم ، لأن الشين وإن زال فالألم الحاصل ما زال فيقوم الألم . وقال محمد : عليه أجرة الطبيب لأنه لزمه بسبب فعله فكأنه أخذه من ماله .

وَمَنْ ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا فَفِيهِ غُرَّةٌ خَمْسُونَ دِينَارًا عَلَى الْعَاقِلَةِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى ، وَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ ؛ وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَتْ فَفِيهِ دِيَّتُهَا وَالْغُرَّةُ ، وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا فَفِيهَا الدِّيَّةُ وَلَا شَيْءَ فِيهِ ، وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ خَرَجَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَدِيَّتَانِ ، فَإِنْ أَلْقَتْ جَنِينَ مَيِّتَيْنِ فَفِيهِمَا غُرَّتَانِ ، فَإِنْ أَلْقَتْ أَحَدَهُمَا مَيِّتًا وَالْآخَرَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِي الْمَيِّتِ الْغُرَّةُ وَفِي الْحَيِّ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ، وَتَجِبُ الْغُرَّةُ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَإِنْ اسْتَبَانَ بَعْضُ خَلْقِهِ وَلَمْ يَسَمِّ فَفِيهِ الْغُرَّةُ

فصل

(ومن ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة خمسون دينارا على العاقلة ذكرًا كان أو أنثى) والقياس أن لا يجب فيه شيء لأنه لا يعلم حياته ، والظاهر لا يصلح للإلزام إلا أنا تركنا القياس ، لما روى « أن امرأة ضربت بطن ضرثها بعمود فسقط فألقت جنينا ميتا فاختصما إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فحكم على عاقلة الضاربة بالغرّة عبدا أو أمة أو قيمتها خمسمائة » وفي رواية « أو خمسمائة » ولم يستفسر ذكرًا كان أو أنثى ، ولأنه يتعذر التمييز بين الذكر والأنثى في الجنين فيسقط اعتباره دفعا للخرج ، وفي رواية « فألقت جنينا ميتا وماتت ، فقضى النبي عليه الصلاة والسلام على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين » رواه المغيرة وقال : فقام عمّ الجنين فقال : إنه قد أشعر ، وقام والد الضاربة ، وفي رواية أخوها عمران بن عويمر الأسلمي فقال : كيف ندى من لا أكل ولا شرب ولا صاح ولا استهلّ ودم مثل ذلك يطلّ ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : « أسمع كسجع الكهان فيه غرة عبد أو أمة » وكذلك رواه محمد بن مسلمة . قال (وإن ألقته حيا ثم مات ففيه الدية على العاقلة وعليه الكفارة) لأنه صار قاتلا (وإن ألقته ميتا ثم مات ففيه ديتها والغرة) لما روينا (وإن ماتت ثم ألقته ميتا ففيها الدية ولا شيء فيه) لأن موتها سبب لموته لأنه يمتنع بموتها فإنه إنما يتنفس بنفسها واحتمل موته بالضربة فلا تجب الغرة بالشك (وإن ماتت ثم خرج حيا ثم مات فديتان) لأنه قتل نفسين (فان ألقته جنتين ميتتين ففيهما غرّتان) لأنه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بغرة فيكون في الجنين غرّتان ، ولأن من أثلّف شخصين بضربة واحدة ضمن كل واحد منهما كالكبيرين (فان ألقته أحدهما ميتا والآخرا حيا ثم مات ففي الميت الغرة وفي الحيّ دية كاملة) اعتبارا لهما بحالة الانفراد (وتجب الغرة في سنة واحدة) هكذا روى عن النبي عليه الصلاة والسلام (وإن استبان بعض خلقه ولم يتمّ ففيه الغرة) لأننا نعلم أنه ولد فكان كالكمال ، والنبي عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بالغرة

وَلَا كَفَّارَةَ فِي الْجَنَيْنِ ، وَمَا يَجِبُ فِيهِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ ، وَفِي جَنَيْنِ الْأُمَةِ نِصْفُ عَشْرِ قِيَمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا إِنْ كَانَ ذَكَرًا ، وَعَشْرُ قِيَمَتِهِ لَوْ كَانَ أُنْثَى .

فصل

وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ رَوْشَنَا أَوْ مِيزَابًا أَوْ كَنْيِفًا أَوْ دُكَّانًا فَلِكِرَجُلٍ مِنْ عَرَضِ النَّاسِ أَنْ يَنْتَزِعَهُ ، فَإِنْ سَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ فَالْدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَإِنْ أَصَابَهُ طَرَفُ الْمِيزَابِ الَّذِي فِي الْحَائِطِ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ ، وَإِنْ أَصَابَهُ الطَّرَفُ الْخَارِجُ ضَمِينَ ،

وَلَمْ يَفْصَلْ وَلَمْ يَسْأَلْ . قَالَ (وَلَا كَفَّارَةَ فِي الْجَنَيْنِ) لِأَنَّ الْقَتْلَ غَيْرَ مُتَحَقِّقٍ لِحَوَازِ أَنْ لِحَايَةَ فِيهِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ مَا وَجِبَ فِيهِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ بِالنَّصِّ ، وَلِأَنَّهُ وَرَدَ فِي الْغُرَّةِ لِغَيْرِ ، وَالْكَفَّارَاتُ طَرِيقُهَا التَّوْقِيفُ أَوْ الْإِنْفَاقُ . قَالَ (وَمَا يَجِبُ فِيهِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ) لِأَنَّهُ بَدَلَ عَنْ نَفْسِهِ فَيُورَثُ كَالْدِيَّةِ وَلَا يَرِثُ الضَّارِبُ مِنْهَا لِأَنَّهُ قَاتِلٌ . قَالَ (وَفِي جَنَيْنِ الْأُمَةِ نِصْفُ عَشْرِ قِيَمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا إِنْ كَانَ ذَكَرًا ، وَعَشْرُ قِيَمَتِهِ لَوْ كَانَ أُنْثَى) لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي جَنَيْنِ الْحُرَّةِ خَمْسُمِائَةٍ ، وَهِيَ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَّةِ ، وَالدِّيَّةُ مِنَ الْحُرَّةِ كَالْقِيَمَةِ مِنَ الْعَبْدِ لَيُعْتَبَرُ بِهِ ، وَغُرَّةُ الْجَنَيْنِ فِي مَالِ الضَّارِبِ ، لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُ الْعَبِيدَ . وَفِي الْفَتَاوَى : مُعْتَدَّةٌ حَامِلٌ احْتَالَتْ لَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِاسْقَاطِ الْحَمْلِ فَعَلِيهَا الْغُرَّةُ لِلزَّوْجِ وَلَا تَرِثُ مِنْهُ ، قَدْ مَرَّ الْوَجْهُ فِيهِ .

فصل

(وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ رَوْشَنَا أَوْ مِيزَابًا أَوْ كَنْيِفًا أَوْ دُكَّانًا فَلِرَجُلٍ مِنْ عَرَضِ النَّاسِ أَنْ يَنْتَزِعَهُ) لِأَنَّ الْمُرُورَ فِي الطَّرِيقِ الْعَامِّ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ جَمِيعِ النَّاسِ بَأَنْفُسِهِمْ وَدَوَابِّهِمْ ، فَلَهُ أَنْ يَنْتَزِعَهُ كَمَا فِي الْمَلِكِ الْمَشْتَرَكِ إِذَا بَنَى فِيهِ أَحَدُهُمْ شَيْئًا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ نَقْضُهُ كَذَا هَذَا . قَالَ (فَإِنْ سَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ فَالْدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ إِلَى التَّلَفِ وَهُوَ مُتَعَدِّ فِيهِ بِشُغْلِ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ وَهُوَ بِمَا لَيْسَ لَهُ حَقٌّ الشُّغْلُ ؛ وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ بِأَمْرِ السُّلْطَانِ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ صَارَ مَبَاحًا مُطْلَقًا لِأَنَّهُ نَاقِصٌ عَنْ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ ؛ وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ لِأَنَّ الْجَنَايَةَ وَجَدَتْ مِنْهُ وَهِيَ بَاقِيَةٌ . قَالَ (وَإِنْ أَصَابَهُ طَرَفُ الْمِيزَابِ الَّذِي فِي الْحَائِطِ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدِّ فِي السَّبَبِ ، لِأَنَّ طَرَفَهُ الدَّاخِلَ مُوَضَّوعٌ فِي مِلْكِهِ (وَإِنْ أَصَابَهُ الطَّرَفُ الْخَارِجُ ضَمِينَ) لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ فِيهِ .

وإن أصابه الطرفان أو لا يعلم ضمن نصف الدية ، ثم إن كان لا يستتصير به أحد جاز له الانتفاع به ، وإن كان يستتصير به أحد يكرهه ، وليس لأحد من أهل الدرب الغير النافذ أن يفعل ذلك إلا بأمرهم ، ولو وضع جمرًا في الطريق ضمن ما أحرق في ذلك الموضع ؛ وإذا مال حائط إنسان إلى طريق العامة فطالبه بنقضه مسلم أو ذمي فلم ينقضه في مدة أمكنه نقضه فيها حتى سقط ضمن ما تلف به .

(وإن أصابه الطرفان أو لا يعلم ضمن نصف الدية) لأن إضافة الموت إلى أحدهما ليس بأولى من الآخر فيضاف إليهما (ثم إن كان لا يستتصير به أحد جاز له الانتفاع به) لأن له فيه حق المرور ولا ضرر فيه فيجوز (وإن كان يستتصير به أحد يكرهه) لأن الإضرار بالناس حرام عقلا وشعرا . قال (وليس لأحد من أهل الدرب الغير النافذ أن يفعل ذلك إلا بأمرهم) لأن الطريق مشترك بينهم فصار كالدار المشتركة ؛ وإن كان مما جرت به عادة السكنى كوضع المتاع ونحوه لم يضمن لأنه غير متعد نظرا إلى العادة . قال (ولو وضع جمرًا في الطريق ضمن ما أحرق في ذلك الموضع) فان حرّكته الريح إلى موضع آخر لم يضمن ما أحرق في ذلك الموضع إلا أن يكون يوم ريح ؛ وكذا صب الماء وربط الدابة ووضع الخشبة وإلقاء التراب واتخاذ الطين ووضع المتاع ؛ وكذا لو قعد في الطريق ليستريح أو ضعف عن المشي لإعياء أو مرض فعثر به أحد فمات وجبت الدية لما قلنا إنه متعد في السبب فصار كحافر البئر على ما مر ؛ وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر ومات فالضمان على الواضع لأعلى العاثر لأنه هو المتعدى في السبب دون العاثر ، وإن نحى رجل شيئا من ذلك عن موضعه فعطب به إنسان ضمن من نحوه وبرئ الأول ، لأن بالتنحية شغل مكانا آخر وأزال أثر فعل الأول ، فكان الثاني هو الجاني فيضمن ؛ ولو رش الطريق أو توضع فيه ضمن ، قالوا : هذا إذا لم يعلم المارّ بالرش بأن كان أعمى أو ليلا ، وإن علم لا يضمن لأنه خاطر بروحه لما تعمد المشي عليه فكان مباشرا للتلف فلا يكون على المسبب ؛ وكذا لو تعمد المشي على الحجر والخشب الموضوعة فعثر به لاضمان على الواضع ، وقيل هذا إذا رش بعض الطريق ، أما إذا رش جميع الطريق فانه يضمن الواضع لأنه مضطر في المرور عليه لأنه لا يجد غيره ، ولا كفارة على واضع هذه الأشياء ، ولم يحرم به الميراث لأنه مسبب كحافر البئر ، وقد مر . قال (وإذا مال حائط إنسان إلى طريق العامة فطالبه بنقضه مسلم أو ذمي فلم ينقضه في مدة أمكنه نقضه فيها حتى سقط ضمن ما تلف به) والقياس أن لا يضمن ، لأن الميلان وشغل الهواء ليس بفعله فلم يباشر القتل ولا سببه فلا ضمان عليه . وجه الاستحسان أن الهواء صار مشغولا بحائطه والناس كلهم فيه شركاء على

وَلَا بَنَاهُ مَائِلًا ابْتِدَاءً فَسَقَطَ ضَمِنَ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ ، وَيَضْمَنُ الرَّكِيبُ مَا وَطِئَتْ الدَّابَّةُ يَدَيْهَا أَوْ رِجْلَيْهَا ، وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ يَدْنَيْهَا أَوْ رِجْلَيْهَا ؛

ما مرّ ، فاذا طوب بفرغه يجب عليه ، فاذا لم يفرغ مع الإمكان صار متعدّيا وقبل الطلب لم يصير متعدّيا ، لأن الميل حصل في يده بغير صنعه وصار كثوب ألقته الريح في حجره فطلبه صاحبه بالردّ ، فان لم يرده مع الإمكان فهلك ضمن ، وإن لم يطلبه لم يضمن ، وإن اشتغل بهدمه من وقت الطلب فسقط لم يضمن لأنه لم يوجد التعدّي من وقت الطلب ؛ ولو نقصه فعثر رجل بالنقص ضمن عند محمد وإن لم يطالب برفعه ، لأن الطريق صار مشغولا بترابه ونقصه فوجب عليه تفرغه . وعن أبي يوسف أنه لا يضمن ما لم يطالب برفعه كما في مسألة الثوب ، ولو باع الدار خرج من ضمانه ، ويطالب المشتري بالهدم لأنه لم يبق له ولاية هدم الحائط ، والمطالبة إنما تصحّ ممن له ولاية الهدم حتى لا تصحّ مطالبة المستأجر والمرتهن والمودع ، ويصحّ مطالبة الراهن لقدرته على ذلك بواسطة فكاك الرهن ، وكذلك الأب والوصيّ والأمّ في حائط الصبي لقيام ولايتهم ، والضمان في مال الصبي ، لأن فعل هؤلاء كفعله . قال (وإنّ بناه مائلا ابتداء فسقط ضمن من غير طلب) لأنه متعدّ بالبناء في هواء مشترك على ما بينا . قال (ويضمن الراكب ما وطئت الدابة يديها أو رجليها) .

اعلم أن ركوب الدابة وسيرها إن كان في ملكه لا يضمن ما تولد من سيرها وحركاتها إلا الوطء لأنه تصرف في ملكه فلا يتقيد بشرط السلامة كحافر البئر في ملكه ، إلا أن الوطء بمنزلة فعله لحصول الهلاك بثقله ، ولهذا وجبت عليه الكفارة في الوطء دون غيره ، وقد مرّ ، وإن كان في ملك غيره فانه يضمن ما جنت دابته واقفا كان أو سائرا وطئا ونفحا وكدما (١) لأنه متعدّ في السبب لأنه ليس له إيقافها في ملك غيره ، ولا تسيرها حتى لو كان مأذونا له في ذلك ، فحكمه حكم ملكه وإن كان في طريق العامة وهي مسألة الكتاب فانه يضمن ما وطئت يديها أو رجليها أو كدمت أو صدمت أو أصابت برأسها أو خبطت (ولا يضمن ما نفحت بذنها أو رجليها) والأصل فيه أن المرور في الطريق عامّ مباح بشرط السلامة لأن له فيه حقا فكان مباحا وفيه حقّ العامة لكونه مشتركا بينهم فقيدناه بشرط السلامة نظرا للجانيين ومراعاة للحقّين ، والوطء وأخواته بما يمكن الاحتراز عنه لكونه بمراى من عينه فصحّ التقيد فيها ، والنفحة لا يمكن الاحتراز عنها حالة السير لأنها من خلفه فلا يتقيد بالسلامة ، فإن أوقفها ضمن النفحة أيضا لأنه يمكن الاحتراز عنه

(١) قوله ونفحا وكدما . قال في مختار الصحاح : نفحت الناقة : ضربت برجلها ، وقال أيضا : الكدم : العضّ بأدنى القدم كما يكدم الحمار .

وإن رآته في الطريق وهي تسير أو أوقفها لذلك لاضمان فيما تلف به
وإن أوقفها لغيره ضمن ، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها
وكذا السائق ؛ وإذا وطئت دابة الراكب بيدها أو رجلها يتعلّق به
حرمان الميراث والوصية وتجب الكفارة ؛ ولو ركب دابة فنخسها آخر
فأصابت رجلاً على الفور فالضمان على الناحس ؛ وإن اجتمع السائق والقائد
أو السائق والراكب فالضمان عليهما ؛

بأن لا تلف (وإن رآته في الطريق وهي تسير أو أوقفها لذلك لاضمان فيما تلف به) لأنه
لا يمكنه الاحتراز عن ذلك ، أما حالة السير فظاهر ، وكذلك إذا أوقفها لأن من الدواب
من لا يروث حتى يقف . قال (وإن أوقفها لغيره ضمن) لأنه يمكنه الاحتراز عن ذلك
بترك الإيقاف ، والريث كالراكب لأن السير مضاف إليهما ، وباب المسجد كالطريق
في الإيقاف ؛ فلو جعل الإمام للمسلمين موضعاً لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان
فيما حدث بين الوقوف فيه ، وكذلك من وقوف الدابة في سوق الدواب لأنه مأذون له من
جهة السلطان ، وكذلك الفلاة وطريق مكة إذا وقف في غير المحجة لأنه لا يضرّ بالناس
فلا يحتاج إلى الإذن . أما المحجة فهي كالطريق . قال (والقائد ضامن لما أصابت يدها
دون رجلها ، وكذلك السائق) مروى ذلك عن شريح ، وقيل يضمن النفحة . أما القائد
فلا يمكنه الاحتراز عن الوطء دون النفحة كالراكب ؛ وأما السائق فإنه يمكنه الاحتراز
من الوطء أيضاً ؛ وأما النفحة قيل لا يضمن لأنه لا يمكن التحرز عنه ، إذ ليس على رجلها
ما يمنعها من النفح ، وقيل يضمن لأن النفحة تبين من عينه فيمكن التحرز بأبعاد الناس
عنها والتحذير ، ولا كذلك القائد ، وقائد القطار في الطريق يضمن أوله وآخره لأن عليه
ضبطه وصيافته عن الوطء والصدمة . قال (وإذا وطئت دابة الراكب بيدها أو رجلها يتعلق
به حرمان الميراث والوصية وتجب الكفارة) وقد بيناه في أول الجنايات . قال (ولو ركب
دابة فنخسها آخر فأصابت رجلاً على الفور فالضمان على الناحس) لأن من عادة الدابة
النفحة والوثبة عند النخس فكان مضافاً إليه ، والراكب مضطّر في ذلك فلم يصبر سيرها
مضافاً إليه فصار الناحس هو المسبب ؛ ولو سقط الراكب فأتى بالضمان على الناحس
أيضاً لما بينا ، ولو قتلت الدابة الناحس فهو هدر كحافر البئر إذا وقع في البئر ، ولو
أمره الراكب بالناخس ضمن الراكب لأنه صحّ أمره فصار الفعل مضافاً إليه ، ولو نفرت
من حجر وضعه رجل في الطريق ، فالواضع كالناخس ضامن لأن الوضع سبب لنفور
الدابة أو وثبها كالنخسة . قال (وإن اجتمع السائق والقائد أو السائق والراكب فالضمان
عليهما) لأن أحدهما سائق للكل ، والآخر قائد للكل ، يحكم الاتصال ، وقيل الضمان على

وإذا اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر ؛
ولو تجاذبا حبلا فانقطع وماتا فان وقعا على ظهريهما فمهما هدر ، وإن
سقطا على وجهيهما فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر ، وإن اختلفا
فدية الواقع على وجهه على عاقلة الواقع على ظهره ، وهدر دم الذي وقع
على ظهره ؛ وإن قطع آخر الحبل فماتا فديتهما على عاقلتيه .

الراكب لأنه مباشر على ما قدمنا والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى ، وجميع هذه
المسائل إن كان المالك آدميا فالدية على العاقلة لأنها تتحمل الدية في الخطأ تخفيفا على القاتل
مخافة استئصالها له ، وهذا دون الخطأ في الجناية فكان أولى بالتخفيف ، وإن كان غير
آدمي كالذئب والعروض ففي مال الجاني لأن العاقلة لاتعقل الأموال . قال : (وإذا اصطدم
فارسان أو ماشيان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) لأن قتل كل واحد مضاف
إلى فعل الآخر لالئ فعلهما ، لأن القتل يضاف إلى سبب محذور ، وفعل كل واحد منهما
وهو المشي في الطريق مباح في حق نفسه محذور في حق صاحبه إذ هو مقيد بشرط السلامة
على ما بينا ، فسقط اعتبار فعله في حق نفسه لكونه مباحا فيضاف قتله كله إلى فعل الآخر
لكونه محظورا في حقه وصار كالماشي مع الحافر ، فإن التلغ حصل بفعلهما وهو الحفر
والمشي ، ومع هذا فإن التلغ إنما يضاف إلى فعل الحافر لأنه محذور لالئ فعل الماشي
لأنه مباح ؛ ولو كانا عامدين في الاصطدام ضمن كل واحد منهما نصف الدية ، لأن
فعل كل واحد منهما محذور فأضيف التلغ إلى فعلهما ؛ ولو كانا عبيدين فمهما هدر .
أما في الخطأ فلأن الجناية تعلق برقبة كل واحد منهما دفعا أو فداء وقد فات بغير فعل
المولى لالئ بدل فسقط ضرورة ؛ وأما العمد فلأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى
فسقط القصاص . في نوادر ابن رستم رجل سار على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه
فعطب المؤخر لاضمان على المقدم ، وإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر ، وكذا في
السفينتين . ولو كانا دابتين وعليهما راكبان قد استقبلتا واصطدمتا فعطبت إحدهما فالضمان
على الآخر . قال : (ولو تجاذبا حبلا فانقطع وماتا ، فان وقعا على ظهريهما فمهما هدر)
لأن موت كل واحد منهما مضاف إلى فعله وقوة نفسه لا قوة صاحبه (وإن سقطا على
وجهيهما فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر) لأنه سقط بقوة صاحبه وجذبه (وإن اختلفا
فدية الواقع على وجهه على عاقلة الواقع على ظهره) لأنه مات بقوة صاحبه (وهدر دم
الذي وقع على ظهره) لأنه مات بقوة نفسه (وإن قطع آخر الحبل فماتا فديتهما على عاقلته) .
لأنه مضاف إلى فعله وهو القطع فكان مسببا .

فصل

إِذَا جَنَى الْعَبْدُ خَطَاً فَقَوْلَاهُ إِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ فَيَمْلِكُهُ
أَوْ يَفْدِيَهُ بِأَرْشِهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ جَنَى ثَانِيًا وَثَالِثًا ، وَإِنْ جَنَى جَنَائَتَيْنِ فَلِإِمَّا أَنْ
يَدْفَعَهُ لِأَلَيْهِمَا يَقْتَسِمَانِهِ بِقَدَرِ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِثْمَاهُ مِنْ أَرْشِ جَنَائَتِهِ ،
أَوْ يَفْدِيَهُ بِأَرْشِهِمَا ،

فصل

(إِذَا جَنَى الْعَبْدُ خَطَاً فَقَوْلَاهُ إِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ فَيَمْلِكُهُ أَوْ يَفْدِيَهُ بِأَرْشِهَا)
وسواء كانت الجناية على حرٍّ أو عبد في النفس أو فيما دونها قلَّ أَرَشُهَا أو كَثُرَ ، لما روى
عن ابن عباس أنه قال : إِذَا جَنَى الْعَبْدُ فَوَلَاهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ دَفَعَهُ وَإِنْ شَاءَ فَدَاهُ . وعن
عمر رضي الله عنه : عبيد الناس أموالهم وجناتهم في رقبتهم . وعن علي رضي الله عنه
مثله ، ولأنها جنائية يمكن استيفاؤها من الرقبة فتتعلق بها الجنائية كجنائية العمد . وإذا
تعلقت برقبته ، فإذا خلى المولى بينه وبين ولي الجناية سقطت المطالبة عنه كما في العمد ، ولأنه
إنما خوطب بالجنائية لأجل ملكه ، فإذا سقط حقه زالت المطالبة كالوارث إذا خلى بين
الثروة وبين أرباب الديون ؛ فإذا اختار الفداء فحقَّ ولي الجناية في الأرش ، فإذا استوفاه
سقط حقه ، إلا أن الواجب الأصلي هو الدفع حتى يسقط موجب الجنائية بموت العبد لفوات
محله ، إلا أن له حقَّ الفداء لما ذكرنا كدفع القيم في الزكاة . ولو اختار المولى الفداء ثم مات
العبد فالفداء عليه ، لأن بالاختيار انتقل الحق من الرقبة إلى الذمة فلا يسقط بموت العبد
كغيره من الديون ، وليست جنائية العبد كدينه في تعلقه برقبته ، لأن جنائية الحر الخطأ
يطلب بها غيره وهم العاقلة ، وديونه لا يطلب بها غيره ، فكذلك العبد جنائته
الخطأ يطلب بها غيره وهو المولى ، وديونه تتعلق به ، ولا يطلب بها غيره ، وإنما
يملكه بالدفع لأنه عوض جنائته فيملكه كسائر المعاوضات . قال (وكذلك إِنْ
جَنَى ثَانِيًا وَثَالِثًا) معناه إِذَا جَنَى بَعْدَ الْفَدَاءِ مِنَ الْأَوَّلَى بِغَيْرِ الْمَوْلَى كَالْأَوَّلَى لِأَنَّهُ لَمَّا فَدَاهُ
فَقَدْ طَهَرَ عَنِ الْجَنَايَةِ وَصَارَتْ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ فَهَذِهِ تَكُونُ جَنَايَةً مُبْتَدَأَةً ، وكذا الثالثة
والرابعة وغيرها . قال (وَإِنْ جَنَى جَنَائَتَيْنِ فَلِإِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ لِيَهُمَا يَقْتَسِمَانِهِ بِقَدَرِ مَا لِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ أَرْشِ جَنَائَتِهِ أَوْ يَفْدِيَهُ بِأَرْشِهِمَا) وكذلك إِنْ جَنَى عَلَى جَمَاعَةٍ إِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ
لِيَهُمْ يَقْتَسِمُونَهُ بِالْحَصَصِ ، وإما أَنْ يَفْدِيَهُ بِجَمِيعِ أَرْشِهِمْ ، لأن تعلق الجنائية برقبته لا يمنع
تعلق مثلها كما في الديون ، ولأن حقَّ المولى لم يمنع تعلق الجنائية برقبته ، فحقَّ ولي الجناية

وَأَن أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْجَنَابَةِ ضَمِنَ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الْأَشْيَاءِ ،
وَبَعْدَ الْعِلْمِ يَضْمَنُ جَمِيعَ الْأَرْضِ ، وَفِي الْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ يَضْمَنُ الْأَقْلَ
مِنْ قِيَمَتِهَا وَمِنْ الْأَرْضِ ، وَإِنْ عَادَ فَجَنَى وَقَدْ دَفَعَ الْقِيَمَةَ بِقَضَاءٍ فَلَا شَيْءَ
عَلَيْهِ ، وَيُشَارِكُ وَلِيُّ الْجَنَابَةِ الثَّانِيَةِ الْأَوَّلَ فِيمَا أَخَذَ ، وَإِنْ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيَمَةَ
بِغَيْرِ قَضَاءٍ ، فَإِنْ شَاءَ الثَّانِي شَارَكَ الْأَوَّلَ ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ (سَمِ الْمَوْلَى) ، ثُمَّ
يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْأَوَّلِ ،

الأولى أولى أن لا يمنع . قال (وإن أعتقه المولى قبل العلم بالجنابة ضمن الأقل من قيمته ومن
الأرض وبعد العلم يضمن جميع الأرض) لأن حقه في أحدهما ، ففي الأولى خياره باق
فيختار الأقل ، وفي الثانية لما علم فقد اختار الفداء لأن بالعق امتنع الدفع بسبب من جهته
فكان مختاراً للفداء ، والبيع والهبة والتدبير والاستيلاء بمنزلة الإعتاق ، لأن كل ذلك يمنع
الدفع ، وكذلك لو باعه من المحبى عليه كان اختياراً ، ولو وهبه لا لأن المستحق أخذ
بغير عوض وقد وجد في الهبة دون البيع قال (وفي المدبر وأم الولد يضمن الأقل من
قيمتها ومن الأرض) لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قضى بجنابة المدبر على مولاه وهو
أمير الشام بمحض من الصحابة من غير نكير ، ولأن المولى صار مانعاً من تسليمه في الجنابة
بالتدبير والاستيلاء من غير اختيار للفداء فصار كما إذا دبره وهو لا يعلم بالجنابة ، وإنما
لزمه الأقل لأن الأرض إن كان أقل فلا حق لولي الجنابة غير الأرض ، وإن كانت
القيمة أقل فلم يتلف بالتدبير إلا الرقبة . قال (وإن عاد فجنى وقد دفع القيمة بقضاء فلا
شئ عليه ، ويشارك ولي الجنابة الثانية الأول فيما أخذ) لأن جنابات المدبر وإن تعددت
لا توجب إلا قيمة واحدة ، لأنه لم يمنع إلا رقبة واحدة والصمان متعلق بالمنع فصار كأنه
دبره بعد الجنابات ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، ودفع العبد لا يتكرر فكذا القيمة ،
ويتضاربون بالخصص في القيمة كما مر . قال (وإن دفع المولى القيمة بغير قضاء ، فإن شاء
الثاني شارك الأول ، وإن شاء اتبع المولى ، ثم يرجع المولى على الأول) وقالوا : لأشئ
على المولى ، لأنه لما دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة فقد دفع الحق إلى مستحقه وصار
كما إذا دفعه بقضاء . ولأن حثيفة أن الجنابات استند ضمناً إلى التدبير الذي صار المولى به
مانعاً ، فكأنه دبر بعد الجنابات فيتعلق حق جماعتهم بالقيمة ، فإذا دفعها بقضاء فقد زالت
يده عنها بغير اختياره فلا يلزمه ضمناً ، وإن دفعها بغير قضاء فقد سلم إلى الأول ما تعلق
به حق الثاني ، فللثاني أن يضمن أيهما شاء المولى ، لأنه جنى بالدفع إلى غير مستحقه ،
والأول لأنه قبض حقه ظلماً وصار كالوصى إذا صرف التركة إلى الغرماء ثم ظهر غريم
آخر ، فإن دفعه بقضاء شارك الغريم الآخر الغرماء فيما قبضوه ، وإن دفع بغير قضاء ،

وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطَاً فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ لَا يَزَادُ (س) عَلَى عَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ إِلَّا عَشْرَةٌ ، وَلِلْأَمَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةٌ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ،

إن شاء رجع على الوصي ، وإن شاء شارك الغرماء كذا هذا ، فإن اتبع المولى رجع المولى على الأول لأنه سلم إليه غير حقه ، وإن شارك الأول لم يرجع على أحد ، لأن الحاصل الضمان عليه ؛ وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم جنى ، عليه ولا يعتبر التدبير لأن المولى صار مانعاً من تسليمه في الحال بالتدبير السابق فكأنه جنى ثم دبره ، فتعتبر قيمته حينئذٍ مثاله : قتل قتيلاً خطأ بقيمته ألف فازدادت خمسمائة ، ثم قتل آخر فولى الجناية الثانية يأخذ من المولى خمسمائة فضل القيمة تحسب عليه من أرش جنائته ، فتقسم الألف على تسعة وثلاثين جزءاً ، لأن ما زاد على القيمة بعد الجناية الأولى لاحقاً لوليها فيه لأنها حدثت وقد تملق حقه في الذمة فينفرد بها ولي الجناية الثانية فيبقى له من الدية تسعة آلاف وخمسمائة وللأول دية كاملة عشرة آلاف ، فاجعل كل خمسمائة بينهما للأول عشرون وللثاني تسعة عشر فاقسم الألف كذلك ؛ ولو جنى المدبر خطأ ثم مات عقيبها بلا فصل لم تبطل القيمة على المولى لأنها وجبت في ذمته عقيب الجناية ، فبقاء الرقبة وتلفها سواء ، وكذلك لو عمى بعد الجناية لا ينقص شيء من القيمة لما بينا ؛ ولو أعتق المدبر المولى وقد جنى جنائيات لم تلزمه إلا قيمة واحدة ، لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع بالتدبير فكان الإعتاق بعده وعلمه سواء . وإذا أقر المدبر بجناية خطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه شيء عتق أو لم يعتق لأنها لازمة لمولاه ، وإقراره على المولى لا يتعلق به حكم . قال (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا يزداد على عشرة آلاف درهم إلا عشرة ، وللأمة خمسة آلاف إلا عشرة ، وإن كان أقل من ذلك فعليه قيمته) وقال أبو يوسف : تجب قيمته بالغة ما بلغت ؛ ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالإجماع . لأبي يوسف أنها جناية على المال فتجب القيمة غير مقدرة كالبهائم ، وهذا لأن الواجب للمولى ، والمولى إنما يملكه من حيث المالية فيكون الواجب بدل المالية . وعن علي وابن عمر رضي الله عنهم مثل قوله . ولهما قوله تعالى - فدية مسلمة إلى أهله - مطلقاً ، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ، ولأنها جناية على نفس آدمي فلا يزيد على عشرة آلاف كالحرق ، ولأن المعاني التي في العبد موجودة في الحر ، وفي زيادة الحرية ، فإذا لم يجب فيه أكثر من الدية فلأن لا يجب في العبد مع نقصانه أولى ، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً ، وفيه معنى المالية والجمع بينهما معتذر ، والآدمية أعلى فتعتبر ؛ ويسقط الأدنى بخلاف البهائم لأنها مال محض ، وبخلاف الغنم لأن الغنم إنما يرد على المال فكان الواجب بمقابلة المال . وعن ابن مسعود

وَمَا هُوَ مُقَدَّرٌ مِنَ الدِّيَةِ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ

باب القسامة

الْقَتِيلُ : كُلُّ مَيِّتٍ بِهِ أَثَرٌ ، فَإِذَا وَجِدَ فِي مَحَلَّةٍ لَا يُعْرَفُ قَاتِلُهُ وَادَّعَى
وَلَيْسَهُ الْقَتْلَ عَلَى أَهْلِهَا أَوْ عَلَى بَعْضِهِمْ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَا بَيِّنَةً لَهُ يُخْتَارُ
مِنْهُمْ خَمْسِينَ رَجُلًا يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا ، ثُمَّ يَقْضَى
بِالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ،

مثل مذهبهما . وأما قليل القيمة فالواجب بمقابلة الآدمية أيضا ، إلا أنه لانص فيه فقد رناه
بقيمه رأيا إذ هو الأعدل ، وفي كثير القيمة نص لأنه ورد في الخبر بعشرة آلاف ، إلا أنا
نقصنا دية العبد من ذلك إظهارا لشرفه وانحطاطا لرتبة العبد عنه ، والتقدير بعشرة مأثور عن
ابن عباس رضي الله عنهما ، ولأنه أقل مال له خطر في الشرع لأن به تستباح الفروج
والأيدي فقد رناه به ، وكذلك الأمة على الخلاف والتعليل في كثير القيمة وقليلها . قال
(وما هو مقدر من الدية مقدر من قيمة العبد) ففي يد العبد خمسة آلاف إلا خمسة إذا كان
كثير القيمة ، لأن الواجب في نفسه عشرة آلاف إلا عشرة واليد نصف الآدمي فيجب
نصف ما في النفس ، وعلى هذا سائر الأعضاء .

باب القسامة

وهي مصدر أقسم يقسم قسامة ، وهي الأيمان ، وخص هذا الباب بهذا الاسم لأن
مبناه على الأيمان في الدماء ، وهي مشروعة بالإجماع ، والأحاديث على ما يأتيك ..
قال (القتل : كل ميت به أثر) أي أثر القتل ؛ لأنه إذا لم يكن به أثر فالظاهر أنه مات
حتف أنه وليس بقتيل فلا يتعلق به يمين ولا ضمان ، وأثر القتل جرح ، أو أثر ضرب
أو خنق أو خروج الدم من عينه أو أذنه ، لأن الدم لا يخرج منها عادة إلا بفعل ، أما إذا
خرج من فمه أو دبره أو ذكره فليس بقتيل ، لأن الدم يخرج من هذه المواضع من غير
فعل عادة ، وهذا لأن القتل من فانت حياته بسبب يباشره غيره من الناس عرفا ، فإذا
علمنا أنه قتل (فإذا وجد في محلة لا يعرف قاتله) لأنه إذا عرف قاتله لا قسامة ، فإذا لم يعرف
(وادعى وليه القتل على أهلها أو على بعضهم عمدا أو خطأ ولا بينة له يختار منهم خمسين
رجلا) لأن الحق له فلا بد من دعواه ، وإذا كان له بينة فلا حاجة إلى القسم ، فإذا ادعى
ولا بينة له وجبت اليمين فيختار خمسين رجلا (يحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ،
ثم يقضى بالدية على أهل المحلة) أي على عاقلتهم . والأصل في ذلك ما روى أن عبدا لله

ابن سهل وجد قتيلًا في قليب (١) في خير فجاء أخوه عبد الرحمن وعماه حويصة ومحبيصة إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فذهب عبد الرحمن يتكلم ، فقال عليه الصلاة والسلام : الكبير الكبير ، فتكلم الكبير من عمه فقال : يا رسول الله إنا وجدنا عبد الله قتيلًا في قليب من قلب خير ، فقال عليه الصلاة والسلام : تبرؤكم اليهود بخمسين يمينا يحلفون أنهم ما قتلوه ؟ قالوا : كيف نرضى بأيمان اليهود وهم مشركون ؟ فقال : فيقسم منكم خمسون رجلا أنهم قتلوه ؟ قالوا : كيف نقسم على ما لم نره ؟ فوداه عليه الصلاة والسلام من عنده وعن سعيد بن المسيب « أن القسامة كانت في الجاهلية ، وأقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل من الأنصار وجد في جبّ اليهود ، فأرسل رسول الله عليه الصلاة والسلام إلى اليهود وكلفهم قسامة خمسين ، فقالت اليهود له : نحلف ، فقال للأنصار : أتخلفون وتستحقون ؟ فقالت الأنصار : لن نحلف ، فألزم اليهود ديتة لأنه قتل بين أظهرهم » وزوى « أن رجلا جاء إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقال : يا رسول الله إني وجدت أخي قتيلًا في بني فلان ، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام : اجع منهم خمسين يحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا ، فقال : يا رسول الله مالي من أخي إلا هذا ؟ قال : بلى مائة من الإبل » فدلّت هذه الأحاديث على وجوب الأيمان والدية على أهل المحلة ، وتردّ على من يقول بوجوب البداءة يمين الولي ، ولأن أهل المحلة يلزمهم نصرة محلتهم وحفظها وصيانتها عن النوائب والقتل ، وصون الدم المعصوم عن السفك والهدر ، فالشرع ألحقهم بالقتلة لترك صيانة المحلة في حقّ وجوب الدية صونا للآدمي المحترم المعصوم عن الإهدار ، ولأن الظاهر أن القاتل منهم وإنما قتل بظهرهم فصاروا كالعاقلة . وأما قوله عليه الصلاة والسلام للأنصار « أتخلفون وتستحقون ؟ » فهو على طريق الإنكار عليهم لما قالوا : لا نرضى يمين اليهود ، ولهذا ثبت فيه النون ، ولو كان أمرا لقال : احلفوا تستحقوا دم صاحبكم ، وما روى « تخلفون وتستحقون » . فعناه أتخلفون كقوله تعالى - تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة - أي أتريدون ، ولأن البداءة يمين الولي مخالف لقوله عليه الصلاة والسلام « البيعة على المدعى واليمين على من أنكر » ولأنه يدخل تحت قوله تعالى - إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا - الآية ، ويختار الولي خمسين رجلا لأن اليمين حقه فيختار من يظهر حقه باختياره ، أما من آثمه بالقتل أو الصالحين منهم ليحترزوا عن اليمين الكاذبة فيظهر القاتل ، فاذا حلفوا قضى بالدية على عاقبتهم لما روي .

(١) قال في مختار الصحاح : القليب : البئر قبل أن تطوى . قلت : يعني قبل أن تبنى بالحجارة ونحوها ، يذكر ويثبت ، قال أبو حنيفة : سمي البئر العادية القديمة اهـ .

وَيَكْفُلُ لَكَ إِنْ وُجِدَ بَدَنُهُ أَوْ أَكْثَرُهُ أَوْ نِصْفُهُ مَعَ الرَّأْسِ ، فَإِنْ لَمْ يَكْفُلْ
فِيهِمْ تَحْسُونُ كَرَّرْتَ الْإِيمَانَ عَلَيْهِمْ لَسِتُمْ تَحْسِينُ ، وَمَنْ أَبَى مِنْهُمْ حُبْسَ
حَتَّى يَخْلِفَ ، وَلَا يَقْضَى بِالْأَدْيَةِ بِيَمِينِ الْوَلِيِّ ؛

وسواء ادعى القتل على جميع أهل المحلة أو على بعضهم معينين أو مجهولين لإطلاق النصوص .
وعن أبي يوسف إذا ادعى على بعض بأعيانهم تسقط القسامة والدية عن الباقي ، فإن كان
له بيعة ولا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة كسائر الدعاوى . قال (وكذلك إن وجد
يدنه أو أكثره أو نصفه مع الرأس) لأن النص ورد في البدن ، ولأكثر حكم الكل
تعظيما للأدنى ، وإن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو أقل من النصف ومعه الرأس ، أو وجد
رأسه أو يده أو رجله أو عضو منه آخر فلا قسامة ولا دية ، لأن النص ورد في البدن وهذا
ليس في معناه ، ولأنه لو وجبت فيه القسامة لوجب لو وجد عضو آخر أو النصف الآخر
فتمتكر القسامة أو الدية بسبب نفس واحدة ولم يرد بذلك نص . قال (فإن لم يكن فيهم
خمسون كررت الأيمان عليهم لتتم تحسين) لما روى أن رجلا قتل بين حينين باليمن وادعى
وأرجب (١) ، فكتبوا إلى عمر رضي الله عنه أنه وجد قتيل لا يدري من قتله ؛ فكتب
عمر أن قس بين القريتين فأيهم كان أقرب فالزمهم ، فكان إلى وادعة فأثأ عمر رضي
الله عنه وكانوا تسعة وأربعين رجلا فأحلفهم وأعاد اليمين على رجل منهم حتى تموا خمسين
ثم ألزمهم الدية ، فقالوا : نعطي أموالنا وأيماننا ؟ فقال نعم نيم يطل (٢) دم هذا ؟ .
قال (ومن أبى منهم حبس حتى يخلف) لأن اليمين في القسامة نفس الحق ، ألا ترى أنه
يجمع بينها وبين الدية ؟ ويدل عليه ما تقدم من حديث عمر رضي الله عنه حين قالوا :
تبذل أموالنا وأيماننا ، أما تجزئ هذه عن هذه ؟ قال لا ، وإذا كانت نفس الحق يحبس
عليه لأنه قادر على أداؤه ، بخلاف الامتناع عن اليمين في الأموال ، لأن اليمين فيها بدل
عن الحق حتى يسقط يبذل المدعى ، فإذا نكل لزمه المال وهو حقه ، فلا معنى للحبس
بما ليس بحق . أما هنا لا يسقط اليمين يبذل الدية وكان الحبس بحق فافترقا . وعن أبي يوسف
أنه تجب الدية بالنكول كما في سائر الدعاوى ، وجوابه مأمور أنه مستحق عليه لنفسه :
قال (ولا يقضى بالدية بيمين الولي) لأن اليمين شرعت للدفع لا للاستحقاق ، ولأن النبي
عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المنكر للدفع عنه بقوله « واليمين على المنكر » والولي
يحتاج إلى الاستحقاق فلا يشرع في حقه ، ولأنه لا يستحق بيمينه المال المبذل المهان ،
فلأن لا تستحق النفس المحترمة أولى .

(١) قوله وادعة وأرجب : هما قبيلتان من همدان كذا رأيت معزيا للنهاية .

(٢) قوله يطل : أى يهلل .

وَلَا يَدْخُلُ فِي الْقَسَامَةِ صَبِيٌّ وَلَا مَجْنُونٌ وَلَا عَبْدٌ وَلَا امْرَأَةٌ ، وَإِنْ ادَّعَى الْوَلِيَّ الْقَتْلَ عَلَى غَيْرِهِمْ سَقَطَتْ عَنْهُمْ الْقَسَامَةُ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ (س) عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَإِنْ وَجِدَ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا إِنْسَانٌ فَالْدَّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ السَّائِقِ وَكَذَلِكَ الْقَائِدُ وَالرَّاكِبُ ، وَإِنْ وَجِدَ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ (س) إِنْ كَانُوا حُضُورًا ، وَإِنْ كَانُوا غَيْبًا كُرِّرَتِ الْإِيمَانُ عَلَيْهِ وَالْدَّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ؛

قال (ولا يدخل في القسامة صبي ولا مجنون) لأنهما ليسا من أهل البين (ولا عبد ولا امرأة) لأنهما ليسا من أهل النصرة ، وإنما تجب على أهلها . قال (وإن ادَّعى الولي القتل على غيرهم سقطت عنهم القسامة ولا تقبل شهادتهم على المدَّعى عليه) لأن البين إنما تلزم بالدعوى وكذلك الدية ولم يدَّع عليهم ، ثم إن كان له بينة على المدَّعى عليه وإلا يلزمه يمين واحدة كسائر الدعوى فإن حلفه برئ وإن نكل فعلى خلاف مرّة في الدعوى ، وإنما لا تقبل شهادتهم لأنهم تعينوا للخصومة حيث وجد القتل فيهم فصاروا كالوكيل بالخصومة ، والوصى إذا شهد بعد العزل والخروج عن الوصية ، ولأنهم متهمون في شهادتهم لاحتمال أنه جعل ذلك وسيلة إلى قبول شهادتهم . وقالوا : تقبل لأنه لما ادَّعى على غيرهم سقطت عنهم القسامة فلا تهمه في شهادتهم وجوابه مأمور قال (وإن وجد على دابة يسوقها إنسان فالدية على عاقلة السائق) لأن الدابة في يده فكأنه وجده في داره (وكذا القائد والراكب) ولو اجتمعوا فالدية على عاقلتهم لأن الدابة في أيديهم . قال (وإن وجد في دار إنسان فالقسامة عليه وعلى عاقلته إن كانوا حضورا) وقال أبو يوسف : لا قسامة على العاقلة لأن رب الدار أخص بالدار من غيره فصار كأهل المحلة لا يشاركونهم في القسامة غيرهم . ولهما أن بالحضور تلزمهم نصرة البقرة كصاحب الدار فيشاركونه في القسامة (وإن كانوا غيبا كررت الإيمان عليه والدية على العاقلة) لما تقدم ، وإن وجد في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لآخر وسدسها لآخر والباقي لآخر فالقسامة على عدد رؤسهم لأنهم يشتركون في التدبير فكانوا في الحفظ سواء ، والقسامة على أهل الخطة ، وهم الذين خطّ لهم الإمام عند فتحها ولا يدخل معهم المشترون . وقال أبو يوسف : يشترك الكل في ذلك لأنها وجبت بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ والولاية بالملك ، فيستوى أهل الخطة والمشترون لاستوائهم في الملك . ولهما أن أهل الخطة أخص بنصرة البقرة ، والحكم يتعلق بالأخص فكان المشتري معهم كالأجنبي ، ولأن العقل تعلق في الأصل بأهل الخطة فما بقي منهم واحد لا ينتقل عنهم كوالى الأب إذا لمزمهم العقل لا ينتقل إلى موالى الأم ما بقي منهم واحد ، وقيل بأن أبا حنيفة شاهد الكوفة وأهل الخطة كانوا يدبرون أمر المحلة وينصرونها يون المشتري ، فبنى الأمر

وَلَا يُجِدُ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ فَعَلَى أَقْرَبِيهِمَا إِذَا كَانُوا يَسْمَعُونَ الصَّوْتَ ، وَلَوْ
وُجِدَ فِي السَّفِينَةِ فَالْقِسَامَةُ عَلَى الْمَلَّاحِينَ وَالرُّكَّابِ ، وَفِي مَسْجِدٍ حِمْلَةٍ عَلَى
أَهْلِهَا ، وَفِي الْجَامِعِ وَالشَّارِعِ الْأَعْظَمِ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَلَا قِسَامَةَ ،

على ذلك ، فإذا لم يبق من أهل الخطة أحد وكان في الحلة مشترون وسكان ، فالقسامة على
الملاك دون السكان . وقال أبو يوسف : عليهم جميعا لأن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب
القسامة على يهود خيبر وكانوا سكانا ، ولأن الساكن يلي التدبير كالمالك . ولهما أن المالك
أخص بالبقعة ونصرتها ، ألا ترى أن السكان يكونون في وقت وينتقلون في وقت فتجب
القسامة على من هو أخص ، وأما أهل خيبر فالنبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم
وكان يأخذ منهم الخراج : قال (وإن وجد بين قريتين فعلى أقربهما) لما روى أبو سعيد
الخدري « أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر في مثله بأن ينزع بين القريتين » ولما مر من
حديث عمر رضى الله عنه ، وهذا (إذا كانوا يسمعون الصوت) لأنه يلحقه الغوث ،
فأما إذا كانوا لا يسمعون الصوت ولا يلحقه الغوث فلا شيء عليهم ، ولو كان يسمع
الصوت أهل إحدى القريتين دون الأخرى فالقسامة على الذين يسمعون لما قلنا (ولو وجد
في السفينة فالقسامة على الملاحين والركاب) وهذا على قول أبي يوسف ظاهر لأنه يرى
القسامة على الملاك والسكان . وأما على قولهما فالسفينة تنقل وتحول فتعتبر فيها اليد دون
المالك كالدابة ، ولا كذلك الدار والحلة فافترقا . قال (وفي مسجد حيلة على أهلها) لأنهم
أخص بنصرتهم والتصرف فيه فكأنه وجد في محلهم . قال (وفي الجامع والشارع الأعظم
الدية في بيت المال ولا قسامة) وكذلك الجسور العامة لأن ذلك لا يختص بالبعض بل يتعلق
بجماعة المسلمين ، فما يجب لأجله يكون في بيت مالهم ، ولأن الممين للهمة وذلك لا يوجد
في جماعة المسلمين ، وكذلك لو وجد في السجن . وقال أبو يوسف : القسامة على أهل
السجن والدية على عاقلهم ، لأن الظاهر أن القتل وجد منهم . ولهما أنهم مقهورون لانصرته
لهم فلا يجب عليهم ما يجب لأهل النصرة ، ولأن منفعة السجن لجماعة المسلمين ، لأنه
وضع لاستيفاء حقوقهم ولدفع الضرر عنهم فكانت النصرة عليهم ، وهذه من فروع المالك
والساكن لأن أهل السجن كالسكان فلا يجب عليهم شيء خلافا لأبي يوسف ، وإن وجد
في السوق إن كان مملوكا فعلى المالك . وعند أبي يوسف على السكان أيضا ، وإن كان
غير مملوك أو هو للسلطان فهو كالشارع العام الذي ثبت فيه حق جماعة المسلمين وسوق
السلطان للمسلمين ، فما يجب فيه يكون في بيت المال ويؤخذ في ثلاث سنين ، لأن حكم
الدية التأجيل كما في العاقلة فكذلك غيرهم ، ألا ترى أنها تؤخذ من مال المقر بقتل الخطأ
في ثلاث سنين ؟

وَأَنَّ وَجْدَ فِي بَرِّيَّةٍ أَوْ فِي وَسْطِ الْفُرَاتِ فَهَوَ هَدْرٌ ، وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ
فَعَلَى أَقْرَبِ الْقَرْيِ مِنْهُ إِنْ كَانُوا يَسْمَعُونَ الصَّوْتِ .

باب المعاقلة

وَهِيَ جَمْعُ مَعْقَلَةٍ وَهِيَ الدِّيَّةُ ، وَالْعَاقِلَةُ الَّذِينَ يُؤَدُّونَهَا ،

قال (وإن وجد في برية أو في وسط الفرات فهو هدر) لأنه لا يد لأحد عليه ولا مملوكا لأحد
ولا يسمع الصوت منه أهل مصر ولا قرية فكان هدرًا . قال (وإن كان محتبسًا بالشاطئ
فعلى أقرب القرى منه إن كانوا يسمعون الصوت) لأنهم أخص به من غيرهم ، ألا ترى
أنهم يشربون منه ويوردون عليه دوابهم فكانوا أخص بنصرتهم فيجب عليهم كأهل المحلة ،
ولو وجد في نهر صغير خاص مما يقضى فيه بالشفعة فعلى عاقلة أرباب النهر لأنه مملوك
لهم ، فهم أخص به من غيرهم فيتعلق بهم ما يوجد فيه كاللور والسوق والمملوك ؟ ومن
وجد قتيلًا في دارٍ نفسه فديته على عاقلته لورثته ، وقالوا : لاشيء فيه لأن الدار في يده
حالة الجرح فكأنه قتل نفسه ، ولو قتل نفسه كان هدرًا كذا هذا . ولأبي حنيفة أن
القسامة وجبت لظهور القتل وحالة الظهور الدار ملك الورثة فتجب الدية على عاقلتهم ، وهل
تجب القسامة عليهم ؟ فيه اختلاف المشايخ ، وهذا بخلاف ما إذا وجد المكاتب قتيلًا
في دار نفسه ، لأن الدار على ملكه حالة ظهور القتل ، فكأنه قتل نفسه فهدر .

رجلان في بيت لثلاث معهما وجد أحدهما قتيلًا يضمن الآخر الدية عند أبي يوسف ،
وقال محمد : لاشيء عليه لأنه احتمل أنه قتل نفسه وأنه قتله صاحبه فلا تجب الدية بالشك .
ولأبي يوسف أن الإنسان لا يقتل نفسه ظاهراً فسقط اعتباره كما إذا وجد في محلة .

باب المعاقلة

(وهي جمع معقلة وهي الدية) وسميت الدية عقلاً لوجهين : أحدهما أنها تعقل الدمه
من أن تراق . والثاني أن الدية كانت إذا أخذت من الإبل تجمع فتعقل ثم تساق إلى ولّى
الجنانية (والعاقلة الذين يؤدونها) والأصل في وجوب الدية على العاقلة ما تقدم من حديث
الجنين حيث قال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة « قوموا فدهوه » وروي « أنه عليه
الصلاة والسلام جعل على كل يظن من الأنصار عقولة » والمعقول أيضاً يدل عليه ، وهو
أن الخاطي معذور ، وعذره لا يعدم حرمة النفس بل يمنع وجوب العقوبة عليه فأوجب
الشرع الدية صيانة للنفس عن الإهدار ، ثم في إيجاب الكل عليه لإجحاف واستئصال به
فيكون عقوبه له ، فتضم العاقلة إليه دفعا للعقوبة عنه ، ولأن ذلك إنما يكون بظهور

وَيَجِبُ عَلَيْهِمْ كُلُّ دِيَّةٍ وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ ، فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ
الدِّيَّانِ فَهُمْ عَاقِلَتُهُ ، وَتُؤْخَذُ مِنْ عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ،

عشيرته وقوة يجدها في نفسه بكثرتهم وقوة أنصاره منهم ، فكانوا كالمشاركين له في القتل
فضمّنوا إليه لذلك كالردء والمعين لأنه يتحمل عنهم إذا قتلوا ويتحملون عنه إذا قتل
فتكون من باب المعاونة كعادة الناس في التعارف ؛ بخلاف المتلفات لأنها لا تتكرر قيمتها
فلا يحتاج إلى التخفيف ، والدية مال كثير يحفف بالقاتل فاحتاج إلى التخفيف . قال
(ويجب عليهم كل دية وجبت بنفس القتل) كالخطأ وشبه العمد ؛ وهذا احتراز عما وجب
بالصلح والاعتراف أو سقط القتل فيه بشبهة كالأب ، وإنما وجبت دية شبه العمد على
العاقلة لحديث الجحني ، ألا ترى أنها تعمدت ضربها بالعمود فقضى عليه الصلاة والسلام
بالدية على العاقلة ، ولأنه قتل أجرى كالخطأ في باب الدية فكذلك في تحمل العاقلة . وقضى
عمر رضي الله عنه بالدية في الخطأ على العاقلة بحضرة الصحابة من غير خلاف . قال (فإذا
كان القاتل من أهل الديوان فهم عاقلته) وهم الذين لهم رزق في بيت المال ، وفي زماننا
هم أهل العسكر لكل راية ديوان على حدة ، وذلك لأن العرب كانوا يتناصرون بأسباب منها
القربة والولاء والحلف وغير ذلك ، ويقوا على ذلك إلى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلما جاء عمر ودون الدواوين صار التناصر بالدواوين ، فأهل كل ديوان ينصر بعضهم
بعضا وإن كانوا من قبائل متفرقة . وقد صح أن عمر رضي الله عنه فرض العقل على أهل
الديوان وكان قبل ذلك على عشيرة الرجل في أموالهم ، لأنه أول من وضع الديوان فجعل
العقل فيه ، وذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم فكان إجماعا منهم ، وهو على وفاق
ما قضى به رسول الله عليه الصلاة والسلام معنى ، فإنهم علموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وسلم قضى به على العشيرة باعتبار النصرة ثم الوجوب بطريق الصلة ، فإيجابه فيما يصلح للإي
صلة وهو العطاء أولى ، وأهل كل ديوان فيما يصلح لإيهم من ذلك كنفس واحدة . قال
(ويؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) لما تقدم من حديث عمر وهو مروى عن النبي صلى
الله عليه وسلم أيضا وتعتبر الثلاث سنين من يوم القضاء لأن الدية تجب يوم القضاء ، وسواء
خرجت في أقل أو أكثر لأنه إنما وجبت في العطاء تخفيفا ، فإذا حصلت في أي وقت
حصل وجد المقصود فيؤخذ منه ، فان تأخر خروج العطاء لم يطالبوا بشيء ، وإن تعجل
لثلاث سنين أخذ منها الجميع لما ذكرنا ؛ وإذا وجب جميع الدية في ثلاث سنين كان كل
ثلث في سنة فاذا وجب الثلث فما دونه كان في سنة ، وما زاد على الثلث إلى الثلثين
في سنتين ، وما زاد إلى تمام الدية في السنة الثالثة ، وإن كانت العاقلة أصحاب الرزق أخذ
من أرزاقهم في ثلاث سنين ، فان خرجت أرزاقهم في كل سنة أخذ منها الثلث ، وإن خرجت

وَأَنَّ كَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيَّانِ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ ، وَلَا يَزَادُ الْوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةٍ دَرَاهِمٍ أَوْ ثَلَاثَةٍ وَيُنْقَصُ مِنْهَا ، فَإِنْ كَمْ تَنْتَسِعِ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ نَسَبًا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ يَتَنَاصَرُونَ بِالْحَرْفِ فَأَهْلُ حَرْفَتِهِ ، وَإِنْ تَنَاصَرُوا بِالْخَلْفِ فَأَهْلُهُ ، وَيُؤَدَّى الْقَاتِلُ كَأَحَدِهِمْ ؛

في كل ستة أشهر أخذ منها السدس في كل شهر بحصته ، وعلى هذا فالحاصل أنه يؤخذ في كل سنة الثلث كيفما خرج ، لأن الأرزاق لهم كالأعطية لأهلها ، وإن كان لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة أخذ من أعطيتهم لأنه أسهل ، فإن الرزق يكون بقدر الكفاية لكل شهر أو لكل يوم فيشق عليهم الأخذ منه . أما العطاء يكون في كل سنة بقدر عنائه واختباره في الحروب لاجباجته فكان الأخذ منه أسهل . قال (وإن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) وهم عصبتهم من النسب لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم أوجب الدية على عصابة القتال » ولأن تناصرهم بالقرب . قال (ولايزاد الواحد على أربعة دراهم أو ثلاثة وينقص منها) يؤخذ منه كل سنة درهم وثلث أو درهم لأن الأصل فيها التخفيف وتجب صلة ، فقدره في كل سنة بالدرهم لأنه أقل المقدرات ، ويزاد ثلث درهم وهو المختار ليكون الأكثر من الأقل وما لم يبلغ النصف فهو في حكمه . قال (فإن لم تنتسع القبيلة لذلك ضُمَّ إليهم أقرب القبائل نسبا) . تحرزا عن الإجحاف وتحقيقا لمعنى التخفيف فيضم إليهم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصابات لأن التناصر يقع بذلك ، وكذلك أهل الديوان إذا لم يتسع الديوان للدية يضم إليهم أقرب الرايات إليهم نصرة إذا حزمهم أمر أو دهمهم عدو ، وهو مفوض إلى رأى الإمام إذ هو أعلم بذلك ، ومن لاعاقلة له في رواية تجب في بيت المال ، لأنه لو مات ولا وارث له ورثه بيت المال ، فإذا جنى يكون عليه ليكون الغنم بالغرم ، وفي رواية في مال الجاني لأن الأصل أن تجب عليه لأنه الجاني إلا أنا أوجبناه على العاقلة لما ذكرنا فإذا لم تكن عاقلة عاد إلى الأصل . قال (وإن كان ممن يتناصرون بالحرف فأهل حرفته) وإن تناصروا بالخلف فأهله (لما بينا أن المعنى فيه هو التناصر ، ومن ليس له ديوان ولا عشيرة ، قيل يعتبر الحال والقرى والأقرب فالأقرب ، وقيل تجب في ماله ، وقيل إن كان القتال مسلما تجب في بيت المال ، لأن الدية تجب باعتبار النصرة ، وجماعة المسلمين يتناصرون ويذب بعضهم عن بعض وعلى هذا الخلاف اللقيط ، ولا تعقل مدينة عن مدينة وتعقل المدينة عن قراها لأن أهل المصر يتناصرون بديوانهم وأهل سوادهم وقراهم ، ولا يتناصرون بأهل ديوان مصر آخر ، والباديتان إذا اختلفتا كصحين . قال (ويؤدى القتال كأحدهم) لأنه إنما لم يجب عليه الكل مخافة الإجحاف ، ولا إجحاف في هذا ولأنه الجاني فلا أقل من أن يكون كأحدهم ، ولأنها تجب بالتناصر وهو أولى بنصرة نفسه .

وَلَا عَقْلَ عَلَى الصَّبِيَّانِ وَالنِّسَاءِ ، وَلَا عَلَى عَبْدٍ وَمُدَبِّرٍ وَمُكَاتِبٍ ، وَلَا يَعْقِلُ كَافِرٌ عَنْ مَسْلَمٍ وَلَا بِالْعَكْسِ ؛ وَإِذَا كَانَ لِلذَّمَى عَاقِلَةٌ فَالِدِيَّةُ عَلَيْهِمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَالِدِيَّةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ؛ وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ ؛ وَعَاقِلَةُ مَوْلَى الْمُوَالَاةِ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ ، وَوَلَدُ الْمُلَاعِنَةِ تَعْقِلُ عَنْهُ عَاقِلَةُ أُمِّهِ ، فَإِنْ ادَّعَاهُ الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ رَجَعَ عَاقِلَةُ الْأُمِّ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ ، وَتَتَحَمَّلُ الْعَاقِلَةُ خَمْسِينَ دِينَارًا فَصَاعِدًا وَمَا دُونَهَا فِي مَالِ الْجَانِي ، وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الْجَانِي إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ .

قال (ولا عقل على الصبيان والنساء) لقول عمر رضى الله عنه : لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولأنهما ليسا من أهل النصرة ، ولأن الدية تؤدى على طريق الصلة والتبرع والصبي ليس من أهلها (ولا على عبد ومدبر ومكاتب) لأن العرب لا تستنصر بهم . قال (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا بالعكس) لعدم التناصر ، والكفار يعقل بعضهم عن بعض ، لأن الكفر كله ملة واحدة إلا أن يكون بينهم معاداة وحراب فلا يتعاقلون لعدم التناصر . قال (وإذا كان للذمي عاقلة فالدية عليهم) كالمسلم لا لالتزامهم أحكامنا في المعاملات ولوجود التناصر بينهم (وإن لم يكن له عاقلة فالدية في ماله) في ثلاث سنين (كما قلنا في المسلم ، وهذا لأن الواجب عليه وإنما يتحول إلى العاقلة إذا وجدت فإذا لم يكن بقيت عليه . قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) قال عليه الصلاة والسلام « مولى القوم منهم » ولأن نصرته بهم (وعاقلة مولى الموالات مولاه وقبيلته) لأن عقد الموالات عقد يتناصرون به . قال (وولد الملاعة تعقل عنه عاقلة أمه) لأن نسبته إليهم فينصرونه (فان ادَّعاه الأب بعد ذلك رجع عاقلة الأم على عاقلة الأب) لأنه ظهر أن البدية كانت واجبة على عاقلة الأب حيث أكذب نفسه وبطل اللعان وثبت نسبه منه ، فقوم الأم تحمّلوا مضطرين عن قوم الأب ما كان عليهم فيرجعون به عليهم في ثلاث سنين من حين قضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب . قال (وتتحمل العاقلة خمسين دينارا فصاعدا وما دونها في مال الجاني) لما روينا أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالغرّة على العاقلة وهى خمسون دينارا . وعن عمر مرفوعا وموقوفا « لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا اعترافا ولا صلحا ولا مادون أرش الموضحة » وعن ابن عباس مثله ، ولأن التحمل على العاقلة إنما كان تحمزا عن الإجحاف وهو في الكثير دون القليل ، والقدر الفاصل بينهما ما ورد به الشرع وهو ما ذكرنا . قال (ولا تغفل العاقلة ما اعترف به الجاني إلا أن يصدقوه) لما روينا ، ولأنه لا يلزمهم إقراره عليهم ، إذ لا ولاية له عليهم ، فاذا صدقوه فقد رضوا به فيلزمهم : ولو تصادق القاتل وولى الجناية على أن قاضيا من قضاة المسلمين حكم على العاقلة بالدية وكذبتهما العاقلة فلا شيء عليهم ، لأن تصادقهما

وَإِذَا جَنَى الْحَرَّ عَلَى الْعَبْدِ خَطَأً فَعَلَى عَاقِلَتِهِ .

كِتَابُ الْوَصَايَا

وَهِيَ مَنْدُوبَةٌ ،

ليس بحجة عليهم ، وليس على القاتل شيء في ماله ، لأن الدية تقررت على العاقلة لتصايد قههم وهو حجة في حقهما ، بخلاف الأول حيث تجب الدية في ماله باعترافه ، وتعذر إيجابها على العاقلة فتجب عليه . قال (وإذا جنى الحر على العبد خطأ فعلى عاقلته) لأنها بدل النفس فتكون على العاقلة كما في الحر . وروى عن أبي يوسف أنها في مال القاتل ، وحمل قوله عليه الصلاة والسلام « ولا عبدا » فيما جنى عليه ، وجوابه أن المراد أنها لا تتحمل جناية العبد ، لأن المولى أقرب إليه منهم . وروى عنه أيضا أن قدر الدية على العاقلة لأنها ضمان النفس ، وما زاد في مال الجاني لأنه ضمان المال ، بناء على أن عنده تجب قيمته بالغة ما بلغت ، وقد تقدم .

كِتَابُ الْوَصَايَا

وهي جمع وصية ، والوصية : طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصى أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه كقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك ، يقال : فلان سافر فأوصى بكذا ، وفلان مات وأوصى بكذا ، والاستيضاء : قبول الوصية ، يقال : فلان استوصى من فلان : إذا قبل وصيته . قال عليه الصلاة والسلام « استوصوا بالنساء خيرا فانهن عوان عندكم » أى اقبلوا وصيتي فيهن فانهن أسرى عندكم » (وهي) قضية مشروعة وقربة (مندوبة) دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وهذا دليل شرعيتها - والسنة ما روى « أن سعد بن أبي وقاص مرض بمكة فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ثلاث ، فقال : يا رسول الله إني لأخلف إلا بنتا أفأوصى بجميع مالى ؟ قال لا ، قال : أفأوصى بثلاث مالى ؟ قال لا ، قال : فبنصفه ؟ قال لا ، قال : فبثلثه ؟ قال : الثلث والثلاث كثير ، لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » أى يسألون الناس كفايتهم ، وقال عليه الصلاة والسلام « إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم تضعوه حيث شئتم » وفي رواية « حيث أحببتم » وهذا يدل على شرعيتها وينبئ وجوبها ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يوصى فيه أن يبيت ليلتين إلا وصيته تحت رأسه » وهذا يدل على الندية .

وَهِيَ مُؤَخَّرَةٌ عَنْ مَثُونَةِ الْمُوصِي وَقَضَاءِ دِيُونِهِ ، وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ بِالثَّلْثِ تَصِحُّ لِلْأَجْنَبِيِّ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا بِغَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَمَازَادَ عَلَى الثَّلْثِ وَالْقَاتِلِ (س) وَالْوَارِثِ تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَتُعْتَبَرُ إِجَازَاتُهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِ ،

وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فَإِنَّ الْأُئِمَّةَ الْمُهْدِيْنَ وَالسَّلَفَ الصَّالِحَ أَوْصَوْا ، وَعَلَيْهِ الْأُمَّةُ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا ، وَلَأنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَخْلُو مِنْ حَقُوقٍ لَهُ وَعَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ مُؤَاخَذٌ بِذَلِكَ ، فَإِذَا عَجَزَ بِنَفْسِهِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْتَنْبِطَ فِي ذَلِكَ غَيْرَهُ وَالْوَصِي نَائِبٌ عَنْهُ فِي ذَلِكَ ، فَكَانَ فِي الْوَصِيَةِ احْتِيَاظًا لِلخُرُوجِ عَنْ عَهْدَتِهَا فَيَنْدُبُ إِلَيْهَا وَتَشْرَعُ تَحْصِيلًا لِهَذِهِ الْمَضَالِحِ . قَالَ (وَهِيَ مُؤَخَّرَةٌ عَنْ مَثُونَةِ الْمُوصِي وَقَضَاءِ دِيُونِهِ) عَلَى مَا يَأْتِي فِي الْفَرَائِضِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ بِالثَّلْثِ تَصِحُّ لِلْأَجْنَبِيِّ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا بِغَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ) لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ سَعْدٍ وَغَيْرِهِ وَهِيَ مُطْلَقَةٌ لِاتْتِقَادِ الْمُسْلِمِ وَلَا بَغْيِهِ . قَالَ (وَمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ وَالْقَاتِلِ وَالْوَارِثِ تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ) لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ لَا تَجُوزُ لِحَدِيثِ سَعْدٍ . وَفِي الْحَدِيثِ « الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنَ الْكِبَائِرِ » قِيلَ مَعْنَاهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ وَالْوَارِثِ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ ذَلِكَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ ، لِأَنَّ الْمَرِيضَ مَرَضَ الْمَوْتِ قَدْ اسْتَعْنَى عَنِ الْمَسَالِ وَتَعَلَّقَ حَقُّهُمْ بِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ ذَلِكَ فِي الثَّلْثِ بِمَا سَبَقَ مِنَ الْحَدِيثِ ، وَلِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ لِيَتَدَارَكَ مَا فَرُطَ مِنْهُ وَقَصُرَ فِي عَمَلِهِ ، فَإِذَا أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ ذَلِكَ فَقَدْ رَضُوا بِاسْقَاطِ حَقِّهِمْ فَيَصِحُّ (وَتُعْتَبَرُ إِجَازَتُهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِ) لِأَنَّهُ عِنْدَ ذَلِكَ ثَبَتَ حَقُّهُمْ فِيهِ لِقَبْلِهِ ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الْحَقُّ بَعْدَ ثَبُوتِهِ ، فَإِذَا أَجَازُوهُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَقَدْ أَسْقَطُوا حَقَّهُمْ بَعْدَ ثَبُوتِهِ فَيَصِحُّ ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ إِنَّمَا امْتَنَعَتْ لِحَقِّ بَاقِي الْوَرَثَةِ ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ لِلْوَارِثِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا وَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ وَلَا لِإِقْرَارِ بَدِينٍ » . وَفِي رِوَايَةٍ « لَا وَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ إِلَّا أَنْ تَجِيزَهَا الْوَرَثَةُ » وَلِأَنَّهُ حَيْفٌ فِي الْوَصِيَّةِ لَمَّا مَرَّ ، وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْجَمِيعِ عَلَى مَا بَيْنَنَا ، فَإِذَا خَصَّ بِهِ الْبَعْضُ يَتَأَذَّى الْبَاقِي وَيُشِيرُ بَيْنَهُمُ الْحَقْدُ وَالضَّغَائِنُ وَيَفْضِي إِلَى قِطِيعَةِ الرَّحِمِ ، فَإِذَا أَجَازَهُ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ عَلِمْنَا أَنَّهُ لَا حَقْدَ وَلَا ضَغَائِنَ فَيَجُوزُ ، فَإِنْ أَجَازَ الْبَعْضُ وَرَدَّ الْبَعْضُ جَازَ فِي حَقِّ الْحَاجِزِ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ ، وَبَطَلَ فِي الْبَاقِي لَوْلَايَتِهِ عَلَى نَفْسِهِ دُونَ غَيْرِهِ . وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ فَلَا تَجُوزُ إِذَا وَجَدَ الْقَتْلَ مُبَاشَرَةً عَمْدًا كَانَ أَوْ خَطَأً . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا وَصِيَّةَ لِقَاتِلٍ » وَكَذَا لَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ قَتَلَهُ تَبَطَّلَ الْوَصِيَّةُ لَمَّا قُلْنَا لِأَنَّنَا نَفَازَ الْوَصِيَّةَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَإِذَا أَجَازَهَا الْوَرَثَةُ جَازَتْ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ : لَا تَجُوزُ عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ تَجْزَ لِحَاجَتِهِ وَهِيَ بَاقِيَةٌ . وَلَنَا أَنَّ الْامْتِنَاعَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنَّنَا بَطَلْنَا نَفْعَ يَرْجِعُ إِلَيْهِمْ كِبَطْلَانِهَا لِلْوَارِثِ وَبِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ ، فَإِذَا أَجَازُوا ذَلِكَ فَقَدْ أَسْقَطُوا حَقَّهُمْ فَيَسْقُطُ ، وَكُلُّ مَا تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ فَأَجَازُوهُ

وَلَا تَصِيحُ إِلَّا بِمَنْ يَصِيحُ تَبَرُّعُهُ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَنْقُصَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَلَئِنْ
كَانَتِ الْوَرَّةُ فَقَرَاءَ لَا يَسْتَغْنُونَ بِنَصِيْبِهِمْ فَتَرَكُهَا أَفْضَلُ ، وَتَصِيحُ
لِلْحَمْلِ بِهِ وَيَأْمَهُ دُونَهُ ،

فللوصى له يملكه من جهة الوصى لأن السبب صدر منه ، والإجازة رفع المانع
كل مرتين إذا أجاز بيع الرهن . قال (ولا تصح إلا بمن تصح تبرعه) فلا تصح من الصبي
والمجنون والمكاتب والمأذون ، لأن الوصية تبرع محض لا يقابله عمل مال ، ولا نفع ديناوى
فطار كالهبة وتنجز العتق ؛ وكذلك لو أوصى الصبي والمجنون ثم ماتا بعد البلوغ والإفاقة
لعدم الأهلية حالة المباشرة ؛ وكذلك لو قال : إن أدركت فثلثي لفلان وصية لا تصح لعدم
أهلية التصرف ، فلا يملكه تنجيها ولا تعليقا كالعتاق ، والطلاق ؛ وأما العبد والمكاتب إذا
أضافاها إلى ما بعد عتقهما لا تصح لأنهما أهل لذلك ، وإنما امتنع في الحال لحق المولى ،
فلذا زال حق المولى زال المانع فتصح . قال (ويستحب أن ينقص من الثلث) لقوله عليه
الصلوة والسلام « والثلث كثير » أى فى الوصية ، وعن على رضى الله عنه : لأن أوصى
يُخَمَّسُ أَحَبُّ إِلَى مَنْ أَنْ أَوْصَى بِالرَّيْبِ ، وَلَأنْ أَوْصَى بِالرَّيْبِ أَحَبُّ إِلَى مَنْ أَوْصَى
بِالثَّلَاثِ ، وَلَأنْ فِيهِ صِلَةُ الْقَرِيبِ بِتَرْكِهِ حَقُّهُ لَمْ ، وَلَا صِلَةُ فِيهَا أَوْصَى بِالثَّلَاثِ تَامَا لِأَنَّهُ
اسْتَوْفَى حَقَّهُ فَلَا صِلَةَ . قال (وإن كانت الورثة فقراء لا يستغنون بنصيبهم فتركها أفضل)
لما فيه من الصلة والصدقة عليهم : قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة الصدقة على
دَى الرَّحِمِ الْكَاشِح (١) » وقال عليه الصلاة والسلام « لاصدقة وذو رحم محتاج »
وهو كما قال عليه الصلاة والسلام « صدقة وصلة » لأنه فقير فيكون صدقة وقريب فيكون
صلة ، وإن كانوا أغنياء أو كانوا يستغنون بميراثهم ، قيل الوصية أولى ، وقيل يحجز
لأن الوصية صدقة أو مبرة وتركها صلة والكل خير . قال (وتصح للحمل به وبأمه
دونه) أما للحمل فلأن الوصية استخلاف للموصى به فى المال الموصى به ، والحمل أهل
لذلك كما فى الميراث والوصية أخته ، إلا أنها تبطل بالرجوع ، لأن الملك إنما يثبت له
بعد الموت ، بخلاف الهبة لأنه تملك للحال ، وليس لأحد نقل الملك عنه فلا ينتقل ؛
ثم إن كان الزوج ميتا ، فإن ولدت لأقل من سنتين وانفصل حيا جازت ، وإن انفصل
ميتا لم تجز ، لأنه يحال بالعلوق إلى أبعد الأوقات حملا لأمرها على الصلاح ، ولهذا يثبت
نسبه إلى سنتين ؛ وإن كان الزوج حيا فولدته لسته أشهر لا تصح الوصية ، لأن فى الوطاء
الحلال يحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات لأنه لا يتيقن بوجود الحمل وقت الوصية إلا إذا

(١) قوله الكاشح : هو الذى يخفى عداوته ، وإنما كانت الصدقة عليه أفضل لما فيه
من مخالفة النفس وقهرها .

يُعتبر في المال والورثة الموجود عند الموت ، وقبول الوصية بعد الموت .
للموصي أن يرجع عن الوصية بالقول والفعل ، وفي الجحود خلاف ؛

لدته لأقل من ستة أشهر . وأما الوصية به فإنما تصح إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر
حتى يكون موجودا وقت الوصية ، فإذا كان موجودا صحت الوصية به كالوصية بسائر
لوجودات ، ولأن الوصية تصح بالثمرة وهي غير موجودة فلأن تصح بالموجود أولى .
وأما الوصية بأمره فإنه لما صح إفراده عنها صح إفراده عنه ، لأن ما صح إفراده
بالعقد يصح استثنائه ، ومالا فلا كما في المبيع وغيره ، وهذا لأن اسم الجارية لا يتناول
الحمل لكن عند الإطلاق يتبعها ضرورة الاتصال ، فإذا أفردها نصا صح لأن كل واحد
منهما نفس بانفراده في الأصل . قال (ويعتبر في المال والورثة الموجود عند الموت) حتى
لو أوصى بثلاث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا ومات أو كان له فذهب أو نقص ، فإن
المعتبر ماله حالة الموت ، لأن وقتئذ تنفذ الوصية وينتقل المال إلى ملك الموصي له ،
وكذلك الورثة لا اعتبار لمن مات قبله لا بإجازته ولا برده لأن المال إنما ينتقل إليهم بعد
الموت فلا اعتبار بغير المالك . قال (وقبول الوصية بعد الموت) حتى لو أجازها قبله
أو ردّها فليس بشيء ، لأن حكمه وهو ثبوت الملك إنما يثبت بعد الموت فلا اعتبار بما
يوجد قبله كما إذا وجد قبل العقد وهو إنما يملكه بالقبول لأنه تملك بعقد فيتوقف على
القبول كغيره من العقود ، بخلاف الميراث لأنه خلافة عن الميت حتى يثبت للوارث خيار
العيب دون الموصي له ويثبت جبرا شرعا من غير قبول ، ولأنه لو ملك الموصي به من غير
قبول كان للموصي إلزامه الملك بغير اختياره ، ولا ذلك إلا لمن له عليه ولاية ، ولا ولاية
له عليه ، ولأنه لو جاز ذلك لأوصى له بما يضره مثل ما إذا علق طلاقه بملكه وأنه لا يجوز
وإذا كان القبول شرطا لا يملكه الموصي له إلا بالقبول إلا أن يموت الموصي له بعد الموصي
قبل القبول فتملكها الورثة ، والقياس بطلان الوصية لما بينا ، إلا أننا استحسننا وقلنا يملكها
الورثة ، لأن الوصية تمت من جهة الموصي تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، والتوقف
لحق الموصي له دفعا لضرر لحقوق المنة ولا يلحقه بعد الموت فنفذ الوصية ضرورة تعذر
الرد كما إذا مات المشتري والخيار له قبل الإجازة ، فإن المبيع يدخل في ملكه كذا هذا .
قال (وللموصي أن يرجع عن الوصية بالقول والفعل ، وفي الجحود خلاف) أما جواز
الرجوع فلا لأنه تبرع لم يتم ، لأن تمامه بالموت والقبول على ما بينا ، فيجوز الرجوع قبل
التمام ، لأنه لو لزم قبل تمامه لم يكن تبرعا ، والرجوع بالقول قوله : رجعت عن الوصية
أو بطلتها ونحو ذلك ، والرجوع بالفعل مثل أن يفعل فعلا يزيل ملكه عن الموصي به
كالبيع والهبة ، لأنه إذا زال ملكه بطلت الوصية ، لأن الوصية إنما تنفذ في ملكه ،

وَإِذَا قَبِلَ الْمُوصِي لَهُ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ رَدَّهَا فِي وَجْهِ الْمُوصِي فَهُوَ رَدٌّ، وَإِنْ رَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فَلَيْسَ بِرَدٍّ، فَإِنْ كَانَ عَاجِزًا ضَمَّ إِلَيْهِ الْقَاضِي آخَرَ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ فَاسِقًا اسْتَبْدَلَ بِهِ،

وسواء عاد إلى ملكه أولا ، وكذا إذا فعل فعلا لو فعله الغاصب ينقطع به حق المالك كان رجوعا ، وكذلك فعل يكون استهلاكاً من كل وجه وقد عرف تمامه في الغصب ، وكذا إذا فعل ما يزيد به العين الموصى بها كالبناء والصبغ والسمن في السويق والحشو بالقطن وخياطة الظهارة على البطانة وبالعكس ونحوه لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ، ولا سبيل إلى نقصانها لحصولها بفعل المالك في ملكه ، وذبح الشاة رجوع لأنه لحاجته عادة فلا يبقى إلى وقت الموت . وأما الجحود فهو رجوع عند أبي يوسف خلافاً لمحمد ، لأن الجحود نفي في الماضي ، وانتفاؤه في الحال للضرورة ، فإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغوا . ولأبي يوسف أن الرجوع نفي في الحال ، والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا ، ومن الرجوع قوله : العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان آخر ، أو أوصيت به لفلان ، لأن هذا يدل على قطع الشركة ، ولو كان فلان الآخر ميتا لايكون رجوعا ، لأن الأولى إنما بطلت ضرورة صحة الثانية ولم تصح ، ولو كان حيا ثم مات قبل الموصى بطلت الأولى لصحة الثانية وبطلت الثانية بالموت ، ولو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر فهو بينهما ، وليس برجوع لأنه يحتمل الشركة ، واللفظ غير قاطع لها بل صالح فيثبت لهما . قال (وإذا قبل الموصى له الوصية ثم رَدَّها في وجه الموصى فهو رَدٌّ) لأنه ليس له إلزامه بغير اختياره (وإن رَدَّها في غير وجهه فليس برَدٍّ) لما فيه من خيانة الميت وغروره ، فإن الموصى مات معتمدا عليه واثقا بخلافته بعده في أموره وتركته فلا يجوز رَدُّه ، بخلاف الوكيل حيث له الرجوع ، لأن الموكل حتى يقدر على التصرف بنفسه ، وعلى أن يوكل غيره فافترقا ، وإن لم يقبلها ولم يردَّها حتى مات الموصى فهو بالخيار إن شاء قبل ، وإن شاء لم يقبل ، لأن الموصى ليس له إلزامه فيخير ، ثم القبول كما يكون بالقبول يكون بالفعل لأنه دلالة عليه ، وذلك مثل أن يبيع شيئا من التركة بعد موت الموصى وينفذ البيع لصدوره من الأهل عن ولاية ، وكذا إذا اشترى شيئا يصلح للورثة أو قضى مالا أو اقتضاه لزمته الوصية ، وسواء علم بالوصية أو لم يعلم لأنها خلافة ، ألا ترى أنها إنما تثبت حال انقطاع ولاية الموصى فتنتقل الولاية إليه فلا يحتاج إلى العلم ولا يتوقف عليه كالإرث . قال (فإن كان عاجزا ضمَّ إليه القاضي آخر ، وإن كان عبدا أو كافرا أو فاسقا استبدله به) .

اعلم أن الأوصياء ثلاثة : أمين قادر على القيام بما أوصى إليه ، فانه يقرر وليس للقاضي

عزله لأن مقصود الموصي القيام بأمره وما أوصى إليه به ، فإذا حصل فتغيره إبطالا لقصده فلا يجوز . وأمين عاجز فالقاضي يضم إليه من يعينه ، لأن الوصية إليه صحيحة لايجوز إبطالها ، إلا أن في انفراده نوع خلل ببعض المقصود لمعجزه فيضم إليه آخر تكميلا للمقصود . وفاسق أو كافر أو عبد فيجب عزله وإقامة غيره لأنه لا تصح نيابته ، لأن الميت إنما أوصى إليه معتمدا على رأيه وأمانته وكفائته في تصرفاته وهؤلاء ليسوا كذلك . أما الفاسق فلا تهاجمه بالخيانة ، وأما الكافر فللعداوة الدينية الباعثة له على ترك النظر للمسلم ، وأما العبد فلتوقف تصرفه على إجازة مولاه وتمكنه من حجره بعد ذلك فيخرجهم القاضي ويقيم من يقوم بمصالح الميت ، لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين ، ألا يرى أنه لو لم يوص إلى أحد فللقاضي أن يقيم وصيا كذا هذا . قال (وإن أوصى إلى عبده وفي الورثة كبار لم تصح) لأن للكبير بيعه أو بيع نصيبه فيعجز عن الوصية لأن المشتري يمنعه فلا تحصل فائدة الوصية (وإن كانوا صغارا جازت) وقالوا : لا تجوز وهو القياس لأن الرق يتنافى مع الولاية ، وفيه إثبات ولاية المملوك على المالك ، وهو قلب المشروع وعكس الموضوع . ولأبي حنيفة أنه أهل للولاية مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصية ، ولا ولاية عليه لأنهم لا يملكون بيعه وإن كانوا مملوكا ، وليس لهم منعه ولا منافاة وصار كالمكاتب ، وإن أوصى إلى صبي أو عبد أو كافر فلم يخرجهم القاضي حتى بلغ أو أعتق أو أسلم ، فالوصية ماضية لزوال الموجب من العزل ، إلا أن يكون غير أمين لما بيننا ، وإن أوصى إلى مكاتبه جاز لوجود الأهلية والقدرة على إنفاذ الوصية ، فإن أدى عتق وهو على وصيته ، وإن عجز رد في الرق فحكمه حكم العبد ، وقد بيناه . قال (وليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه) وقال أبو يوسف : لكل واحد منهما أن يتصرف بالتصرف في جميع الأشياء ، لأن الوصية خلافة ، وذلك إنما يكون إذا ثبت للخليفة مثل ما كان للمستخلف ولهما أن الموصى ما رضى إلا برأيهما ، وهذا لأن الولاية إنما تثبت بتفويضه فإعاعي وصفه وهو الاجتماع ، وفي اجتماع رأيهما مصلحة فينتقيد به لأنه شرط مفيد ، بخلاف الأشياء المستثناة لأنها ضروريات ، والضروريات مستثناة وهي تجهيز الميت ومثونة الصغار من طعامهم وكسوتهم والخصومة ورد الوديعة والمغصوب وقضاء الديون وعتق عبد بعينه وتنفيذ وصية بعينها ، أما تجهيز الميت لأن في تأخيرها فساد حتى كان للجار فعله ، وكلثة مثونة الصغار لأنه يخاف عليهم جوعا وعريا ، والخصومة لا يمكن الاجتماع عليها وباقي الصور الاجتماع والانفراد فيه سواء لأنها لا تحتاج إلى الرأي ، وكلما رد المشتري شراء فاسدا

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَقَامَ الْقَاضِي مَكَانَهُ آخَرَ ، وَإِذَا أَوْصَى الْوَصِيُّ إِلَى آخَرَ فَهُوَ
وَصِيٌّ فِي التَّرَكَّتَيْنِ . وَيَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَحْتَالَ بِمَالِ الْيَتِيمِ إِنْ كَانَ لِحُجُودِ ،
وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ (سَمَ) لِنَفْسِهِ إِنْ كَانَ فِيهِ نَفْعٌ لِلصَّبِيِّ ، وَلَيْسَ
لِلْوَصِيِّ أَنْ يَقْتَرِضَ مَالَ الْيَتِيمِ ، وَلِلْأَبِ ذَلِكَ ، وَلَيْسَ لهما إِقْرَاضُهُ ،
وَلِلْقَاضِي ذَلِكَ ،

وحفظ الأموال وقبول الهبة ، لأن في التأخير خوف الفتنة ، وكذلك جميع الأموال الضائعة
وقبول ما يخشى عليه التلف . قال (ولومات أحدهما أقام القاضي مكانه آخر) أما عندهما
فظاهر لأن الواحد لا ينفرد بالتصرف عندهما . وأما عند أبي يوسف فلا أن الواحد وإن كان
يملك التصرف لكن الموصى قصد أن يخلفه اثنان في حقوقه ، وقد أمكن تحقيق قصده بنصب
وصي آخر فينصب ، ولو أن الوصي الميث أوصى إلى الثاني فله التصرف وحده كما إذا
أوصى إلى آخر لأن رأيه باق حكما برأى وصيه ، ولهذا جاز أن يوكله حال حياته في التصرف
في مال الميث فكذا الوصية . وعن أبي حنيفة ليس له ذلك ، لأن الموصى ماضى بتصرفه
وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى آخر ، لأن مقصوده حصل برأى الميث . قال (وإذا
أوصى الوصي إلى آخر فهو وصي في التركتين) تركته وتركه الميث الأول لأنه يتصرف
بولاية مستقلة فيملك الإيصاء إلى غيره كالأجد ، لأن الولاية كانت ثابتة للموصى ثم انتقلت
إلى الوصي في المال ، وإلى الجدة في النفس ، والجدة قام مقام الأب في ولاية النفس فكذا
الوصي في ولاية المال ، لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه ، وعند الموت كانت ولايته ثابتة
في التركتين فكذا الوصي تحقيقا للاستخلاف ، وكذلك لو أوصى إلى رجل في تركته نفسه
وقد حضرته الوفاة يصير وصيا في التركتين في ظاهر الرواية ، لأن تركته موصيه تركته
لأن له ولاية التصرف فيها ، وروى عنهما أنه يقتصر على تركته لأنه نص عليها وجوابه
ما مر . قال (ويجوز للوصي أن يحتال بمال اليتيم إن كان أجود) بأن كان أملاً أو أيسر
قضاء وأعجل وفاء لأنه أنظر لليتم والولاية نظرية ولهذا لا يجوز بيعه وشراؤه بما لا يتغابن
إذ لا ينظر له فيه ، بخلاف الغبن اليسير لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ، ففي اعتباره سد باب
التصرفات . قال (ويجوز بيعه وشراؤه لنفسه إن كان فيه نفع للصبي) بأن اشترى بأكثر
من القيمة أو باعه بأقل منها ، وقالوا : لا يجوز قياساً على الوكيل . وله أنه قربان مال اليتيم
بالتى هي أحسن فيجوز بالنص وصار كالأب . قال (وليس للوصي أن يقترض مال اليتيم
وللأب ذلك) لأن الأب يملك شراء مال الصبي بمثل قيمته ، وبلا كذلك الوصي ، وكذلك
الأب له أن يأخذ من مال الصبي عند حاجته بقدر حاجته ، ولا كذلك الوصي (وليس
لهما إقراضه ، وللقاضي ذلك) لأن القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء ، ليجعل معاوضة

وَالْوَصِيَّ أَحَقُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ مِنَ الْجَدِّ ، وَشَهَادَةُ الْوَصِيِّ لِلْمَيِّتِ لَا تَجُوزُ ، وَعَلَى الْمَيِّتِ تَجُوزُ ، وَتَجُوزُ لِلْوَرَثَةِ إِنْ كَانُوا كِبَارًا ، وَلَا تَجُوزُ إِنْ كَانُوا صِغَارًا (سم)

في القاضى لقدرته على الاستخلاص بواسطة الحبس وغيره تبرعا في حق غيره لعجزه نظرا واحتياطا في مال اليتيم . قال (والوصى أحق بمال اليتيم من الجد) لأنه انتقلت إليه ولاية الأب بالإيصاء إليه ، فكانت ولاية الأب قائمة حكما ، ولأن اختياره الوصى مع علمه بالجد دليل أن تصرفه أنظر من تصرف الجد فكان أولى ؛ فان لم يوص الأب فالولاية للجد لأنه أقرب إليه وأشفق على بنيه فانتقلت الولاية إليه ، ولهذا ملك النكاح مع وجود الوصى ، وإنما يقلب الوصى في المال لما بينا ، ووصى الجد كوصى الأب ، لأن الجد بمنزلة الأب عند عدمه فكذا وصيه . قال (وشهادة الوصى للميت لا تجوز) لأنه ثبت لنفسه ولاية القبض (وعلى الميت تجوز) إذ لا تهمة في ذلك (وتجاوز للورثة إن كانوا كبارا ولا تجوز إن كانوا صغارا) أما الشهادة للكبار ، قال أبو حنيفة : إن كانت في مال الميت لا تجوز وفي غيره تجوز . وقال : تجوز في الوجهين لأنه لا ولاية لهما عليه فلا يثبتان لأنفسهما ولاية التصرف فلا تهمة ، بخلاف الصغار لأنهما يثبتان لهما ولاية التصرف في المشهود به . ولأبي حنيفة أنهما يثبتان لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحقت التهمة بخلاف ما إذا شهدا في غير التركة لأنه لا ولاية لهما في غيرها . وأما الشهادة للصغار فلا تجوز بحال للتهمة على ما بينا ، وإن أوصى إلى رجل إلى أن يقدم فلان فإذا قدم فهو الوصى أو إلى أن يدرك ولدى فهو كما قال ، لأنها في معنى الوكالة ، ولأن الوصية مؤقتة شرعا ببلوغ الأيتام أو إيناس الرشد ، فجاز أن تكون مؤقتة شرطا ؛ ولو أوصى إلى رجل في ماله كان وصيا فيه وفي ولده ؛ والوصى في نوع يكون وصيا في جميع الأنواع ، لأنه لولا ذلك لاحتجنا إلى نصب آخر ، والموصى قد اختار هذا وصيا في بعض أموره فجعله وصيا في الكل أولى من غيره لأنه رضي بتصرف هذا في البعض ولم يرض بتصرف غيره في شيء أصلا ؛ وإذا ادعى الوصى دينا على الميت ولا بينة له أخرجه القاضى من الوصية لأنه يستحل أخذ مال اليتيم ، وقيل إن ادعى شيئا بعينه أخرجه وإلا فلا ؛ واختار أن يقول له القاضى : إما أن تقيم البينة وتستوفى أو تبرئه وإلا أخرجتك من الوصية ، فان أبزاه وإلا أخرجه وأقام غيره ؛ وللوصى أن يدفع المال مضاربة ويعمل فيه هو مضاربة ، لأنه قائم مقام الأب ، وللأب هذه التصرفات فكذا الوصى ، فان عمل بنفسه أشهد على ذلك ، لأن له أن يتجر في مال الصغير ، قال عليه الصلاة والسلام « ابتغوا في مال اليتامى خيرا » فإذا أراد أن يستوجب طائفة من المال لنفسه بالمضاربة احتاج إلى الإشهاد نفيا للتهمة . وعن محمد إن لم يشهد فاعمله للورثة لأنه هو الظاهر فلا يترك إلا بدليل وهو الإشهاد ، وللوصى

وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ وَبِغَلَّتَيْهِمَا أَبَدًا وَمُدَّةً مَعْلُومَةً ، فَإِنْ خَرَجَا مِنْ الثَّلَاثِ اسْتَعْدَمَ وَسَكَنَ وَاسْتَغْلَى ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمَا خَدَمَ الْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ وَالْمَوْصَى لَهُ يَوْمًا ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْصَى لَهُ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ ،

أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ إِذَا كَانَ محتاجًا ، ويركب دابته إذا ذهب في حاجته ، قال تعالى - ومن كان فقيرًا فليأكل بالمعروف - . وروى عن أبي يوسف لو طمع السلطان في مال اليتيم فصالحه الوصي من مال اليتيم على أقل مما طمع لم يضمن لأنه مأمور بحفظ مال اليتيم ما أمكنه وقد أمكنه بهذا الطريق .

فصل

(وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتيهما أبداً ومدة معلومة) لأن المنافع يصح تملكها حال الحياة بعوض وغير عوض ، فكذا بعد الممات للحاجة إلى ذلك كالأعيان ؛ ثم إن الموصى له يملكها على ملك الموصى كما قلنا في الوقف ، وتجوز مؤقتاً ومؤبداً كما في الإعارة والإجارة لأنها تملك . قال (فإن خرجا من الثلاث استخدم وسكن واستغل) لأن الثلاث حق الموصى فلا تراحمه الورثة فيه ، وهذا لأن الوصية بالمنفعة تملك الرقبة في حق ملك المنفعة ، لأنه لا يمكن الانتفاع بالعين إلا بصيرورته أخص بملك الرقبة كالإجارة فكانت وصية بملك الرقبة في حق الانتفاع لا مطلقاً (وليس له أن يؤاجرهما) لأنه ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تملكها بعوض كالعارية ، هذا لأن التملك بعوض أقوى وألزم ، والأضعف لا يتناول الأقوى . قال (وإن لم يكن له مال غيرهما خدَمَ الْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ وَالْمَوْصَى لَهُ يَوْمًا) لأنه لا يمكن أن يخدمهم جملة واحدة ، فالمهاياة فيه تقع على الأيام كما ذكرنا لأن حقه في الثلاث وحققهم في الثلاثين كالوصية بالعين ، وهذا لأنه لا يمكن منع الجميع عن الورثة كما لا يملك الوصية بجميع العين ؛ وإذا تقررت الوصية بالثلاث وجبت المهاياة بالحصص كما قلنا . قالوا : والأعدل في الدار أن تقسم أثلاثاً تسكن الورثة الثلاثين والموصى له الثلاث ، لأن فيه التسوية بينهما في الانتفاع زماناً وذاً ، وفي المهاياة ذاتاً لازماً بخلاف العبد فإنه لا يتجزى فلا يمكن قسمته فتعينت المهاياة ، فإن كان له مال آخر لكن لا يخرج من الثلاث فعلى هذا الاعتبار يخدم الموصى له على قدر ثلث التركة والباقي للورثة مثاله : إذا كان العبد نصف التركة فإنه يخدم الموصى له يومين والورثة يوماً ، لأن ثلثي العبد ثلث التركة فصار الموصى به ثلثي العبد وثلثه للورثة فيقسم كما ذكرنا ، وعلى هذا الاعتبار تخرج بقية مسائله . قال (فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة) لأن الموصى له استوفى ما أوصى له به من المنافع على ملك الموصى كما بينا ، فلو انتقلت إلى ورثته كان

وَمَنْ أَوْصَى بِشَمْرَةٍ بُسْتَانِهِ فَلَهُ الشَّمْرَةُ الْمَوْجُودَةُ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَإِنْ قَالَ :
أَبَدًا ، فَلَهُ شَمْرَتُهُ مَعَاشًا ، وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ بُسْتَانِهِ فَلَهُ الْحَاضِرَةُ وَالْمُسْتَقْبَلَةُ
وَإِنْ أَوْصَى بِصُوفِ غَنَمِهِ أَوْ بِأَوْلَادِهَا أَوْ بِبَنَاتِهَا فَلَهُ الْمَوْجُودُ عِنْدَ مَوْتِهِ ،
قَالَ أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ ،

ابتداء استحقاق من غير رضى فلا يجوز ، وإذا كانت على ملك الموصى تنتقل إلى ورثته
كسائر أمواله ، ولو أوصى بغلتهما فاستخدم بنفسه وسكن ، قيل يجوز لاستواء الغلة والمنفعة
في المقصود ، وقيل لا يجوز وهو الأصح لأن الغلة دراهم أو دنانير والوصية بهما حصلت
وهو استوفى المنافع ، وهما غير متفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر على الموصى دين
أمكنهم استرداد الغلة وإيفاء الدين ، ولا يمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها فكان هذا
أولى ، وليس للورثة بيع الثلثين . وعن أبي يوسف جوازه لأنه خالص حقهم . وجه الظاهر
أن حق الموصى له ثابت في سكنى الجميع لو ظهر له مال آخر تخرج الدار من الثلث وله
حق المراجعة في الثلثين لو خرب الثلث الذى في يده ، والبيع يبطل ذلك فيمنعون عنه . ولو
أوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر بركبته وهو يخرج من الثلث فهو كما أوصى لأنه أوجب
لكل واحد منهما شيئاً معلوماً حيث عطف أحدهما على الآخر فصار كحالة الانفراد وحكم
الموصى له بالرقبة مع صاحب الخدمة كالوارث مع صاحب الخدمة . قال (ومن أوصى
بشجرة بستانه فله الثمرة الموجودة عند موته ، وإن قال أبداً فله ثمرته مَعَاشًا ، ولو أوصى
بغلة بستانه فله الحاضرة والمستقبل) لأن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا ينتظم المعلوم إلا
بدليل آخر ، وقوله أبداً صريح في إرادته فينتظمه ، إذ لو لم ينتظمه لم يبق للتأييد فائدة . أما
الغلة فينتظم الموجود وما سيوجد مرة بعد أخرى عرفاً ، يقال فلان يأكل من غلة بستانه
وأرضه وداره ، ويراد به الموجود وما سيوجد عرفاً فافترقا . قال (وإن أوصى بصوف
غنمه أو بأولادها أو ببنيها فله الموجود عند موته ، قال أبداً أو لم يقل) لأن الوصية تملك
عند الموت على ما عرف فيعتبر وجوده عند ذلك ، وهذا لأن القياس يأبى تملك المعلوم
لعدم قبوله لذلك ، إلا أن الشرع ورد بورود العقد على الغلة والثمرات المدومة في المساقاة
والإجارة فقلنا بجوازه في الوصية أيضاً بالقياس ، وبأن أولى لأن باب الوصية أوسع ، أما
الولد والصوف واللبن لم يرد فيها شيء في المعلوم وإنما ورد في الموجود تبعاً في عقد البيع
ومقصوداً في الخلع فكذا في الوصية يجوز في الموجود دون المعلوم اتباعاً لمورد الشرع ،
ولو أوصى بغلة عبده وغلة داره في المساكين جاز ، وبسكنى داره أو بخدمة عبده لم لا يجوز
إلا لو اُحد بعينه ، لأنه لا يمكن سكنى الدار واستخدام العبد إلا بالمرمة والنفقة ، ولا يمكن
القضاء على واحد منهما . فتعذر تنفيذ الوصية فبطلت . أما الغلة يمكن ترميم الدار والنفقة

وَالْعِتْقُ فِي الْمَرَضِ ، وَالْهَبِيَّةُ وَالْمَحَابَاةُ وَصِيَّةٌ ، وَالْمَحَابَاةُ إِنْ تَقَدَّمَ عَلَى الْعِتْقِ فَهِيَ أُولَى ، وَإِنْ تَأَخَّرَتْ شَارَكَتْهُ (سم) ؛ وَمَنْ أَوْصَى بِمُحْفُوقِ اللَّهِ تَعَالَى قَدَّمَ بِتِ الْفَرَائِضِ ،

على العبد من الغلة فوجب تنفيذها . قال (والعق في المرض والهبة والمحابة وصية) تعتبر من الثلث لأنها تبرعات في المرض بما تعلق به حق الورثة فتعتبر من الثلث لما بينا . قال (والمحابة إن تقدمت على العتق فهي أولى ، وإن تأخرت شاركتها) وقالوا : العتق أولى كيف كان . وصورة المحابة : أن يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين ، أو يشتري ما يساوي خمسين بمائة فالزائد على قيمة المثل في الشراء والناقص في البيع محابة وهي كالهبة في المرض فاعتبرت وصية . وفيه أربع مسائل : إحداها أن يحابي ثم يعتق . والثانية أن يعتق ثم يحابي . والثالثة أن يعتق ثم يحابي ثم يعتق . والرابعة أن يحابي ثم يعتق ثم يحابي . فان خرج الكل من الثلث نفذت ولا كلام فيها ولا خلاف ، وإن لم يخرج من الثلث ، ففي المسألة الأولى تنفذ المحابة ، فان فضل شيء فللعق ، وقالوا بالعكس ؛ وفي المسألة الثانية يشتركان ، وقالوا : يتنفذ العتق فان فضل شيء فللمحابة ؛ وفي الثالثة يصرف نصف الثلث للمحابة لأنها تشارك العتق الأول عنده ، ثم ما أصاب العتق الأول قسم بينه وبين الآخر نصفين ؛ وفي الرابعة الثلث بين المحابتين لاستوائهما ، ثم ما أصاب الثانية قسم بينها وبين العتق لتقدمه عليها فيشاركها ، وقالوا : العتق أولى بكل حال . لهما أن العتق لا يلحقه الفسخ ويلحق المحابة فكان أولى . والتقدم في الذكر لا يوجب التقدم في الثبوت فلا اعتبار به . وفي أثر ابن عمر رضي الله عنهما إذا كان في الوصايا عتق بدئي به . ولأبي حنيفة أن المحابة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا معنى لا صورة ، والإعتاق تبرع صورة ومعنى ، والمعاوضات أقوى من التبرعات ، فاذا وجدت المحابة أولا وهي أقوى لا يزاحمها الأضعف بعدها لقوته وسبقه ، إلا أن العتق إذا تقدم وهو لا يقبل النقص تعارضا فيستويان فيشتركان . قال زفر : ما بدأ به الموصي منهما فهو أولى لأن بدايته دليل أن اهتمامه به أكثر فكان غرضه تقدمه فيتبع غرضه ، وجوابه ما تقدم . ولومات وترك عبدا فقال للوارث : أعتقني أبوك ، وقال آخر : لي على أهلك ألف درهم ، فقال صدقهما سعي العبد في قيمته ؛ وقالوا : يعتق من غير سعاية ، لأن العتق والدين ظهرا معا في الصحة بتصدق الوارث بكلام واحد ، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين . وله أن الدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال ، والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من ثلث المال ، وكان ينبغي أن يبطل العتق إلا أنه لا يبطل بعد وقوعه فأبطلناه معنى بإيجاب السعاية . قال (ومن أوصى بمحقوق الله تعالى قدمت الفرائض) لأنها أهم من النوافل ؛ لأن الفرائض تخرجه عن العهدة ، والنوافل

وَأِنْ تَسَاوَتْ قُدَمَ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي إِنْ ضَاقَ الثَّلَاثُ عَنْهَا ، وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ يُقَدَّمُ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي .

وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ وَآخَرَ بِسُدُسِهِ فَالْثُلْثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثُلْثِهِ وَآخَرَ بِثُلْثِهِ أَوْ بِنِصْفِهِ أَوْ بِجَمِيعِهِ (سَمِ) فَالْثُلْثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، وَلَا يَضْرِبُ (سَمِ) الْمُوصِي لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ إِلَّا فِي الْمُحَابَةِ وَالسَّعَايَةِ وَالْدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ ،

تحصل له زيادة الثواب ، والأول أولى ، فالظاهر أنه أراد الأهم والأولى (وإن تساوت) بأن كان الكل فرائض (قدم ما قدمه الموصي إن ضاق الثلث عنها) لأن الظاهر أنه بدأ بالأهم ، وقيل يبدأ بالحج ثم بالزكاة لأنه يؤدي بالمال والنفس ، وقيل بالزكاة ثم بالحج لأنه تعلق بها حق العباد فكانت أولى ، ثم بعدهما الكفارات لأنهما أقوى منها في الفرضية والوعيد على الترك ، ثم صدقة الفطر بعد الكفارات ، لأن الكفارات عرف وجوبها بالقرآن وصدقة الفطر بالسنة ، ثم الأضحية لأن صدقة الفطر تجمع على وجوبها والأضحية تختلف فيها (وما ليس بواجب يقدم ما قدمه الموصي) لما مر .

فصل

(ومن أوصى بثلث ماله لرجل وآخر بسدسه فالثلث بينهما أثلاثا) لأن الثلث ضعف السدس ، فقد أوصى لأحدهما بسهمين وللآخر بسهم (ولو أوصى له بثلثه وآخر بثلثه أو بنصفه أو بجميعه فالثلث بينهما نصفان) وهذا كله إذا لم تجز الورثة . أما الأولى فبالإجماع لاستوائهما في قدر الوصية والثلث لا يتسع لهما فيستويان فيه . وأما الثانية والثالثة فذهب أبي حنيفة (ولا يضرب الموصي له وبما زاد على الثلث) غنلة (إلا في المحابة والسعاية والدراهم المرسلة) وقالوا : يضرب لكل واحد بقدر ما أوصى له كما إذا أجازت الورثة ، فإنه يقسم الكل على قدر ما أوصى لهما كذلك ههنا ، فيقسم الثلث عندهما في المسألة الثانية على خمسة ، ثلثه للموصي له بالنصف ، وسهمان للموصي له بالثلث . وفي المسألة الثالثة على أربعة : ثلاثة للموصي له بالجميع ، وسهم لصاحب الثلث ، وهذا لأن الموصي قصد تفضيل البعض في الوصية فوجب اعتباره ما أمكن ، وقد أمكن بطريق الضرب كما ذكرنا ، ولا ضرر على الورثة في ذلك فيصير إليه . وله أن الوصية فيما زاد على الثلث باطلة في حق الاستحقاق عند عدم الإجازة لكونها وصية بما لا يستحقه فبطل حق الضرب ضرورة عدم الاستحقاق ، وإنما قصد التفضيل بناء على الاستحقاق والإجازة بدليل إضافته الوصية

وَأَنَّ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ السُّدُسُ (سم) ، وَلَوْ أَوْصَى بِجُزْءٍ أَعْطَاهُ
الْوَارِثُ مَا شَاءَ ، وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ وَلَهُ ابْنَانِ فَلَهُ الثُّلُثُ ؛

إلى جميع المال وقد بطل الاستحقاق والإجازة فيبطل التفضيل ، كالحاباة الثابتة في ضمن
البيع إذا بطل البيع تبطل الحاباة ، بخلاف الفصول الثلاثة ، لأن الوصية بالألف المرسلة
والحابة لم تقع على حق الورثة قطعا لجواز نفاذها بأن يظهر له مال فتخرج من ثلثه بدون
الإجازة ، والوصية بالعق وصية بالسعاية ، وهي كالدرهم المرسلة ، بخلاف ما زاد على
الثلث لأنه حق الورثة وإن كثرت التركة . ومن أوصى لرجل بثلث ماله إلا شيئا أو إلا
قليلا فله نصف الثلث ييقن وبيان الزيادة عليه إلى الورثة لأنها مجهولة . قال (وإن أوصى
ببهم من ماله فله السدس) عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير فانه قال فيه : له أخس
سهام الورثة إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه فكان حاصله أن له
السدس . وعلى رواية كتاب الوصايا : له أخس سهام الورثة ما لم يزد على السدس . وقالوا :
له أخس السهام إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث . لهما أن السهم اسم لما يستحقه
للورثة عرفا وشرعا ، وأقل السهام متيقن ، وما زاد عليه مشكوك ، ولا يزداد على الثلث
لأن الثلث موضع الوصية عند عدم الإجازة . وله ما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن
رجلا أوصى بسهم من ماله ، ففرض رسول الله عليه الصلاة والسلام في ذلك بالسدس ،
ولأن السهم يذكر ويراد به السدس لغة . قال إياس : السهم في اللغة السدس ، ويذكر ويراد
به سهم من سهام الورثة فيعطى الأقل منهما احتياطا . فلو مات وترك امرأة وابنا فلموصى له
الثلث على رواية كتاب الوصايا فيزداد على ثمانية فيكون له تسع ، وفي رواية الجامع له السدس .
ولو ترك امرأة وأخا لأبوين فعنده السدس وعندهما الربع ويصير خمسا ؛ ولو ترك ابنتين
فعنده له السدس ، وعندهما الثلث ؛ ولو أوصى لرجل بسهم من ماله ثم مات ولا وارث
له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة ابن فصار كأن له ابنتين ولا مانع من الزيادة على الثلث
فصح . قال أبو يوسف : لو أوصى لعبده بجزء أو بنصيب أو بطائفة من ماله لا يعتق ؛ ولو
أوصى بسهم من ماله عتق ، لأن السهم عبارة عن السدس أو عن أخس السهام ، وأنه
معلوم فتنفذ الوصية في جزء منه . أما الجزء والنصيب ليس بمعلوم فلا تنفذ فيه الوصية
إلا بإعطاء الورثة ما شاعوا . قال (ولو أوصى بجزء أعطاه الوارث ما شاء) وكذلك
النصيب والشقص والبعض لأنه اسم لشيء مجهول ، والوارث قائم مقام الموصى فكان البيان
إليه . قال (ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنان فله الثلث) لأنه إذا أخذ الثلث كان مثل
نصيب ابنه ، ولو أخذ النصف كان أكثر ، ولو أوصى بنصيب ابنه فهي باطلة لأنه وصية
بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد موت الأب ، بخلاف المثل لأن مثل الشيء غيره .

وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ دَرَاهِمِهِ أَوْ ثُلْثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَ ثُلَاثُهَا وَبَقِيَ ثُلَاثُهَا وَهِيَ تَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ فَلَهُ جَمِيعُهُ (ز) ، وَكَذَا الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ وَالثِّيَابُ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فَلَهُ ثُلْثُ الْبَاقِي ، وَكَذَلِكَ الْعَبِيدُ وَالْدُّوْرُ ، وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِهِ لَزَيْدٍ وَعَمْرٍو وَعَمْرُو مَيْتٍ فَالْثُلْثُ لَزَيْدٍ ، وَلَوْ قَالَ بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو فَتَنْصِفُهُ لَزَيْدٍ ، وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ مِنْ مَالِهِ وَلَهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ وَالْأَلْفُ يُخْرَجُ مِنْ ثُلْثِ الْعَيْنِ دُفِعَتْ إِلَيْهِ ،

قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو ثلث غنمه فهلك ثلثاها وبقي ثلثاها وهي تخرج من ثلثه فله جميعه ، وكذا المكيل والموزون والثياب من جنس واحد ، وإن كانت مختلفة فله ثلث الباقي ، وكذلك العبيد والطور) وقال زفر : له ثلث الباقي في الجميع لأن الكل مشترك بينهما ، فها هلك يهلك على الحقين ، وما يبقى يبقى عليهما كسائر الأموال المشتركة وكما في الأجناس المختلفة . ولنا أن الوصية تعلقت بالباقي لأنه يجوز أن يستحقه الموصى له بالقسمة مع الورثة لو قسم قبل الهلاك لأنه مما تجرى فيه القسمة جبرا وأنه إفراز فيه ، وكل ما تعلقت به الوصية وهو يخرج من ثلث المال فهو للموصى له ولا التفات إلى ما هلك ، ألا ترى أنه لو أوصى له بثلث شيء بعينه كالذابة والدار والعبد فاستحق ثلثاه كان له الثلث الباقي ، ولا كذلك الأجناس المختلفة لأنه لا يجوز أن يستحق الموصى له الباقي بالقسمة ، فلم تكن الوصية متعلقة به لأن القسمة لا تجرى فيه جبرا ، ولو كانت تكون مبادلة فلا يكون له إلا ثلث الباقي ضرورة المبادلة ، وهذا ظاهر في الأجناس المختلفة ، إذ لا خلاف في عدم قسمة الجبر فيها ، وأما الدور المختلفة والرقيق فكذلك عند أبي حنيفة لأنها لا تقسم عنده ، وأما على قولهما قالوا : ينبغي أن تكون كالثياب والغنم لأنها تقسم عندهما ، وقيل لا . أما الدور فأنها تقسم عندهما إذا رأى القاضي ذلك مصلحة فكان في معنى القسمة أضعف مما يقسم بكل حال . وأما الرقيق فإنه وإن كان يقسم عندهما لكن التفاوت بينهما فاحش فصار كجنسين . قال (ومن أوصى بثلثه لزید وعمرو وعمرو ميت فالثلث لزید لأن عمرا إنما يزاحم لو كان حيا ، أما الميت لا يزاحم فبقي الثلث لزید بلا مزاحم بقوله : ثلث مالي لزید ، ولغا قوله وعمرو . وعن أبي يوسف إن علم بموت عمرو فكذلك لأنه علم أن ذكر عمرو لغو ، وإن لم يعلم لزید نصف الثلث ، لأن من زعمه أن الوصية بينهما وأنه إنما أوصى لزید بنصف الثلث فيكون كما زعم (ولو قال : بين زید وعمرو فنصفه لزید) لأن اللفظ يقتضي التخصيص بينهما ، ألا يرى أنه لو قال : ثلث مالي لزید وسكت كان جميع الثلث له ؟ ولو قال : بين زید وسكت لا يستحق جميعه . قال (ومن أوصى لرجل بألف من ماله وله مال عين ودین ، والألف يخرج من ثلث العين دفعت إليه) لأنه أمكن تنفيذ الوصية من الثلث

وَأِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الْعَيْنِ أَخَذَ ثُلُثَ الْعَيْنِ وَثُلُثُ مَا يُحْصَلُ مِنَ الدِّينِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهَا ، وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِهِ لِفُلَانٍ وَلِلْمَسَاكِينِ فَنِصْفُهُ لِفُلَانٍ وَنِصْفُهُ لِّلْمَسَاكِينِ (م) ؛ وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا بِمِائَةٍ ، ثُمَّ قَالَ لِآخَرَ : أَشْرَكَكَ مَعَهُمَا فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ ، وَلَوْ قَالَ لَوَرَّثْتَهُ : لِفُلَانٍ عَلَى دَيْنٍ قَصَدَ قُوَّةُ يُصَدَّقُ إِلَى الثُّلُثِ ؛ وَإِنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَوَارِثٍ فَالنِّصْفُ لِلْأَجْنَبِيِّ وَيَبْطُلُ نِصْفُ الْوَارِثِ .

الذى هو محلها من غير إضرار بالورثة فينفذ (وإن لم يخرج من العين . أخذ ثلث العين وثلث ما يحصل من الدين حتى يستوفى) لأن التركة مشتركة بينهم . فيشتركان في العين والدين بقدر حصصهما ، لأن العين خير من الدين ، فلو اختص به أحدهما تضرر الآخر فكان العدل فيما ذكرنا . قال (ومن أوصى بثلثه لِفُلَانٍ وَلِلْمَسَاكِينِ ، فنصفه لِفُلَانٍ ونصفه للمساكين) وقال محمد : ثلثاه للمساكين ، وأصله أن اسم المساكين عنده يتناول الاثنين فصاعداً ، لأن الوصية أخت الميراث ، والجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فصاعداً فكذا هذا . وعندهما يتناول الواحد فصاعداً ، لأن الألف واللام تقتضى الجنس ، ومتى تعذر الصرف إلى الجنس يصرف إلى الأدنى وهو واحد كاليمين في شرب الماء وتزويج النساء وكلام الناس فانه يحنث بشرب قطرة وتزويج امرأة وكلام واحد ، وههنا تعذر صرفه إلى الجنس لأنهم لا يحصون فيصرف إلى الأدنى وهو الواحد ، وعلى هذا لو أوصى بثلثه للمساكين فعند محمد لا يجوز صرفه إلى واحد . وعندهما يجوز لما مر . ولو أوصى بثلث ماله لِفُلَانٍ وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ قال أبو حنيفة رحمه الله : سهم لِفُلَانٍ وسهم للمساكين وسهم للفقراء ، لأن الفقراء والمساكين صنفان فكانه أوصى لثلاثة . وعند أبي يوسف رحمه الله : سهم لِفُلَانٍ وسهم للفقراء والمساكين لأنهما صنف واحد من حيث المعنى ، إذ كل واحد من الاسمين ينبي عن الحاجة . وعند محمد رحمه الله : يقسم على خمسة أسهم : سهم لِفُلَانٍ ، ولكل صنف سهمان لما مر . قال (ولو أوصى لرجلين كل واحد منهما بمائة ثم قال : لآخر : أشركتك معهما فله ثلث كل مائة) تحقيقاً للشركة ، إذ الشركة تقتضى المساواة . ولو أوصى لرجل بمائة ولآخر بخمسين ثم قال لآخر : أشركتك معهما ، فله نصف المال لكل واحد ، لأنه تعذر المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواة كل واحد منهما عملاً بلفظ الشركة بقدر الإمكان . قال (ولو قال لورثته : لِفُلَانٍ عَلَى دَيْنٍ قَصَدَ قُوَّةُ يُصَدَّقُ إِلَى الثُّلُثِ) أى إذا ادعى أكثر من ذلك وكذبه الورثة لأنه إقرار بمجهول فلا يصح إلا بالبيان ، فعلنا أنه قصد تقديمه على الورثة فأمضينا قصده وجعلناه وصية فتكون مقدرة بالثلث . قال (وإن أوصى لأجنبٍ ووارث فالنصف للأجنبي وبطل نصف الوارث)

وَمَنْ أَوْصَىٰ لِجَيْرَانِهِ فَهُمْ الْمُلاصِقُونَ (سم) ، والأصهارُ : كُلُّ ذِي رَحِمٍ
مَحْرَمٍ مِنْ زَوْجَتِهِ ، وَالْأَخْتَانُ : زَوْجُ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ، وَالْأَهْلُ :
الزَّوْجَةُ (سم).

لأنه أوصى بما يملك وما لا يملك فيصح فيما يملك وتبطل في الآخر ، بخلاف الوصية للحي
والميت لأن الميت ليس أهلا للملك فلا يكون مزاحا . أما الوارث أهل حتى يصح بأجازة
باقى الورثة فيصلح مزاحا .

فصل

(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله ، وهو القياس
لأنه من المجاورة ، وهى الملاصقة . قال عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بصقبه » والمراد
الملازق لأن غيره لا يستحق الشفعة . وقالوا : الملاصقون وغيرهم ممن يصلى فى مسجد تلك
السكة ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو الاستحسان لأنهم يسمون جيرانا
عرفا ، يقال : جار ملاصق وغير ملاصق ، وقد فال عليه الصلاة والسلام « لأصلاة لجار
المسجد إلا فى المسجد » وفسر بكل من سمع النداء ولأن قصده البر ، وهو فيما ذكرناه
أعم إلا أنه لابد من الاختلاط بينهم ، وذلك باتحاد المسجد والمالك والسكان فيه سواء ،
وكذلك الذكر والأنثى والصغير والكبير والمسلم والذى ، لأن اسم الجار يتناولهم . قال
(والأصهار : كل ذى رحم محرم من زوجته) لأن النبى عليه الصلاة والسلام أعتق كل
ذى رحم محرم من زوجته صفية (١) ، وكانوا يسمون أصهار رسول الله صلى الله عليه
وسلم ، ويدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة كل ذى رحم محرم منه ، فلو مات
بعد زوال النكاح بطلت الوصية ، لأنه يشترط وجود الصهرية عند الموت وبقاؤها بقاء
النكاح . قال (والأختان : زوج كل ذات رحم محرم منه) ويدخل فيه الأقرب والأبعد
والعبد والحر لتناول اللفظ الجميع . ومن كلامهم : نعم الختن القبر . وعند أهل اللغة
اختلاف فى الأصهار والأختان غير ما ذكرنا ، والعرف على ما ذكرنا والحكم به . قال
(والأهل : الزوجة) وعندهما كل من يعوله وتجمعه نفقته ومنزله من الأحرار دون
الرقيق ، وإن كان يعوله وليس فى منزله لا يدخل عملا بالعرف . قال تعالى - وأتوني
بأهلكم أجمعين - ولأبى حنيفة رحمه الله أن الحقيقة ما ذكرنا ، يقال : تأهل فلان ببلد كذا
إذا تزوج بها ، وانصرف الفهم إليه عند الإطلاق دليل الحقيقة . وقال تعالى -

(١) قوله صفية ، قال الشلبى على الزيلعى : صوابه : جويرية ذكره أبو داود .

وَالْآلُ : أَهْلُ بَيْتِهِ ، وَأَهْلُ نَسَبِهِ : مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ : وَجِنْسُهُ : أَهْلُ بَيْتِ أَبِيهِ ، وَإِنْ أَوْصَى لِأَقْرَبَائِهِ ، أَوْ لِدَوَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ لِأَرْحَامِهِ ، أَوْ لِدَوَى أَرْحَامِهِ ، أَوْ لِأَنْسَابِهِ فَهُمْ اثْنَانِ (سَمِ) فَصَاعِدًا مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ ، وَفِي الْجَدِّ رِوَايَتَانِ ،

قال لأهله امكثوا - أى لزوجه ، وقال تعالى - فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله - أى زوجته بنت شعیب عليه السلام . قال (وَالْآلُ : أَهْلُ بَيْتِهِ) لِأَنَّ آلَ فُلَانٍ قَبِيلَتُهُ الَّتِي يَنْسَبُ إِلَيْهَا . وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ بَيْتِ فُلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِ أَبُوهُ وَجَدَّةُ ، لِأَنَّ الْأَبَ أَصْلَ الْبَيْتِ . قَالَ (وَأَهْلُ نَسَبِهِ : مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ) لِأَنَّ النَّسَبَ إِلَى الْأَبَاءِ . قَالَ (وَجِنْسُهُ : أَهْلُ بَيْتِ أَبِيهِ) لِأَنَّ الشَّخْصَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ ، فَابْنُ التُّرْكِيِّ تُرْكِيٌّ ، وَابْنُ الْهِنْدِيِّ هِنْدِيٌّ . فَالْحَاصِلُ أَنَّ أَهْلَ الْبَيْتِ وَالنَّسَبَ وَالْجِنْسَ وَالْآلَ أَقْرَبَاؤُهُ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ إِلَى أَقْصَى جَدِّ يَجْمَعُهُمْ فِي الْإِسْلَامِ ، وَيَدْخُلُ فِيهِ الْغَنَى وَالْفَقِيرُ وَإِنْ كَانُوا لَا يَحْصُونَ ، لِأَنَّ اسْمَ الْقَرَابَةِ يَتَنَاوَلُهُمَا ، وَالْوَصِيَّةُ لِلْغَنَى الْقَرِيبَ قَرَبَةً لِأَنَّهُ صَلََةُ الرَّحِمِ . قَالَ (وَإِنْ أَوْصَى لِأَقْرَبَائِهِ أَوْ لِدَوَى قَرَابَتِهِ) أَوْ لِأَرْحَامِهِ ، أَوْ لِدَوَى أَرْحَامِهِ ، أَوْ لِأَنْسَابِهِ فَهُمْ اثْنَانِ فَصَاعِدًا مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ، غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ ، وَفِي الْجَدِّ رِوَايَتَانِ وَقَالَ : يَسْتَحِقُّهُ الْوَاحِدُ وَيَسْتَوِي فِيهِ الْمَحْرَمُ وَغَيْرُ الْمَحْرَمِ وَالْقَرِيبُ وَالْبَعِيدُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ ، لِأَنَّ الْقَرَابَةَ تَنْتَظِمُ الْكُلَّ لِمَا رَوَى أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ - صَعِدَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الصَّفَا وَقَالَ : يَا بَنِي فُلَانٍ ، يَا بَنِي فُلَانٍ حَتَّى دَعَا قِبَالَ قُرَيْشٍ ، وَقَالَ لَهُمْ : إِنِّي نَذِيرٌ لَكُمْ بَيْنَ يَدَيْ عَذَابٍ شَدِيدٍ ، فَدَلَّ أَنَّ الْقَرَابَةَ تَتَنَاوَلُ الْقَرِيبَ وَالْبَعِيدَ . وَقَوْلُهُمَا إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ كَالْعَبَاسِيِّ وَالْعُلُوِيَّ يَدْخُلُ فِي وَصِيَّتِهِ كُلِّ مَنْ يَنْسَبُ إِلَى الْعَبَّاسِ وَإِلَى عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، لِأَنَّ الْجَدَّ الْمُسْلِمَ صَارَ هُوَ الْبَيْتُ وَشَرَفُوا بِهِ فَلَا عِتَابَ بِمَنْ تَقَدَّمَ مِنْهُمْ لَمْ يَسْلَمْ . وَالْأَبِيُّ حَنِيفَةٌ أَنَّ قَوْلَهُ لِدَوَى قَرَابَتِي هُمْ جَمْعٌ ، وَالْمَثْنِيُّ جَمْعٌ مِنْ وَجْهِ لَوْجُودِ الْاجْتِمَاعِ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَخَذَ الْمِيرَاثَ ، وَأَقْلَّ الْجَمْعَ فِي الْمِيرَاثِ اثْنَانِ ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا الصَّلََةُ فَتَخْتَصُّ بِالرَّحِمِ الْمَحْرَمِ كَالنَّفَقَةِ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ لِلْإِطْلَاقِ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ . قَالَ تَعَالَى - لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ - وَالْمَعْطُوفُ غَيْرُ الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْوَالِدُ قَرِيبًا لِلْوَلَدِ لَا يَكُونُ الْوَلَدُ قَرِيبًا لَهُ ، وَلَا يَدْخُلُ الْجَدُّ وَالْجَدَّةُ وَوَلَدُ الْوَلَدِ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا أَقْرَبَاءَ ، لِأَنَّ الْقَرِيبَ لُغَةً : مَنْ يَتَقَرَّبُ إِلَى غَيْرِهِ بِوَسْطَةِ غَيْرِهِ ، وَتَكُونُ الْجَزْئِيَّةُ بَيْنَهُمَا مُعْدَمَةً ، وَتَقَرَّبَ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ بِنَفْسِهِ لَا بِغَيْرِهِ ، وَالْجَدُّ وَالْجَدَّةُ الْجَزْئِيَّةُ بَيْنَهُمَا ثَابِتَةٌ ، وَيَشْتَرِطُ أَنْ لَا يَكُونَ وَارِثًا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَنْصَحُ لِلْوَارِثِ .

وَيُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ بِالْأَقْرَبِ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَانِ فَلِلْعَمِّ النِّصْفُ وَلِلْخَالَانِ النِّصْفُ (سم) ، وَفِي عَمَّتَيْنِ وَخَالَتَيْنِ الْكُلُّ لِلْعَمَّتَيْنِ (سم) ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ (سم) وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَعَمَّةٌ وَخَالَ فَالْوَصِيَّةُ لِلْعَمِّ وَالْعَمَّةِ سَوَاءً ، وَإِنْ قَالَ لِدَيِّ قَرَابَتِهِ أَوْ ذِي نَسَبِهِ فَكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ الْوَاحِدَ يَسْتَحِقُّ الْكُلَّ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٌ بَطَلَتْ (سم) الْوَصِيَّةُ أَوْصَى لِبْنِي فَلَانَ وَهُوَ أَبُو قَبِيلَةٍ كَبَنِي تَمِيمٍ فَهِيَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَالْفَقِيرِ وَالْغَنِيِّ ، وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ .

قَالَ (ويعتبر الأقرب فالأقرب) عند أبي حنيفة أيضا (فإن كان له عمٌّ وخالان فللعمة النصف وللخالين النصف) وقالوا : بينهم أثلاثا (وفي عمين وخالين الكل للعمين) وعندهما بينهم أرباعا . لأبي حنيفة أن الوصية أخت الميراث فيعتبر الأقرب فالأقرب كما في الميراث ، فلا يرث الخال مع العمين ، وفي المسألة الأولى للعمة النصف لأنه لا بد من الشبهة لما مرّ عنده فبقى الباقي للخالين . ولهما ما تقدم أن اسم القريب يتناول القريب والبعيد على مامر . قال (ولو كان له عمٌّ واحد فله نصف الثلث) عنده ، وعندهما جميعه (وإن كان له عمٌّ وعمة وخال فالوصية للعمة سواء) لاستوائهما في القرابة وهي أقوى من الخثولة والعمة . وإن لم تكن وارثة تستحق الوصية بلفظ القرابة ، كما إذا كان القريب عبدا أو كافرا . قال (وإن قال لذي قرابته أو ذى نسبه فكذلك) الخلاف (إلا أن الواحد يستحق الكل) بالإجماع ، لأن لفظ ذى فرد فيستحقه الواحد ، ففي مسألة العمِّ والخالين يستحق العمُّ الجميع لما قلنا ؛ ولو قال لذوى قرابته أو لأنسابه الأقرب فالأقرب يستحق الواحد الجميع إذا انفرد ، لأن قوله الأقرب فالأقرب خرج تفسيرا لما تقدم ، والأقرب اسم فرد ، ويدخل فيه ذو الرحم المحرم وغيره ، لأن قوله الأقرب فالأقرب يتناول الكل ، ويثبت الاستحقاق للأبعد عند عدم الأقرب ، ولا يأخذ معه عملا بقوله الأقرب فالأقرب . قال (فإن لم يكن له ذو رحم محرم بطلت الوصية) عند أبي حنيفة خلافا لهما ، والأصل مامر . قال (أوصى لبني فلان وهو أبو قبيلة كبنى تميم فهى للذكر والأنثى والفقير والغنى) وإن كانوا لا يحصون فهى باطلة (والأصل فيه أن كل وصية يحصى عدد أهلها فهى جائزة ، وهى بينهم بالسوية على عدد رموسهم الذكر والأنثى فهى سواء ، ويدخل فيها الغنى والفقير ، لأن الحق يجوز إثباته لمعين من بنى آدم فإن التسليم إليه ممكن ، ولا دلالة على التخصيص فصحت الوصية ، وإن كان لا يحصى عددهم فعلى ثلاثة أوجه : أحدها أن تكون الوصية لا يدخل فيها غنى كقوله : فقراء بنى تميم أو مساكينهم فالوصية صحيحة ، وتكون الوصية لمن قلر عليه منهم ، لأن الوصية وقعت لله تعالى والفقراء مصارفها .

وَأَنَّ كَانَ أَبَا صُلَيْبٍ فَالْوَصِيَّةُ لِلذَّكُورِ (سَمِ) خَاصَّةً ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَيْتَامٍ بَيْنَى
فُلَانٍ أَوْ عَمِيَانِهِمْ أَوْ زَمَنَاهُمْ أَوْ أَرَامِلِهِمْ وَهُمْ يُحْصَوْنَ فَهِيَ لِلْفُقَرَاءِ
وَالْأَغْنِيَاءِ ، وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ فَلِلْفُقَرَاءِ خَاصَّةً

والثاني أن يكون لفظ الوصية يقع للفقير والغني ولا يختص به أحدهما فهي باطلة ،
كقوله لبني تميم لأنها تثبت للعباد ، ولا يمكن تنفيذها لجميع بني تميم لأنهم لا يحصون ،
ولا يمكن تنفيذها للبعض لأنه ليس بأولى من البعض الآخر فبطلت ، بخلاف الوجه الأول .
لأن الموصي له واحد ، وهو الله تعالى . الوجه الثالث أن يكون اللفظ يتناول الفقير والغني ،
لكن قد يستعمل اللفظ في ذوى الحاجة كقوله يتامى بني تميم ، أو عميان بني تميم ، أو
زمنى بني تميم ، أو أرامل بني تميم ، فإن كانوا يحصون فلا سم يقع على الفقير والغني
وتكون الوصية لهما ، لأنهم معينون يمكن التسليم إليهم فيجوز اللفظ على إطلاقه ، وإن
كانوا لا يحصون كان للفقراء منهم ، لأن هذا اللفظ يذكر ويراد به غالباً أهل الحاجة ، فإن
الله تعالى ذكر اليتامى في آية الخمس وأراد الفقراء منهم فوجب تخصيص الوصية وحملها على
أهل الحاجة منهم ، ولأن القرابة والثواب فيهم أكثر وهو المقصود غالباً ، ويستوى فيه
الذكر والأنثى ، لأن الاستحقاق بالعقد لا يفضل فيه الذكر والأنثى كالأستحقاق بالبيع .
ولو قال : لفقراء بني فلان وهو أبو قبيلة لا يحصون دخل مواليتهم في الوصية مولى الموالات
ومولى المعتاق وحلفاؤهم ، وإن كانوا بنى أب ليس بقبيلة يختص ببنى فلان من العرب
دون الموالى والحلفاء ، لأنهم إذا لم يحصوا فالمراد بها النسبة وذلك موجود في الموالى والحلفاء
وإذا ذكر التوبة ممن يحصون فالمراد الأولاد دون النسبة . قال (وإن كان أباً صليباً فالوصية
للذكور خاصة) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وكان يقول أولاً : هو للذكور والإناث ،
وهو قولهما لأنه متى اختلط الذكور والإناث فخطاب الرجال يعم الجميع كقولهم :
بنو آدم وبنو هاشم . ولأبي حنيفة رحمه الله أن حقيقة اللفظ للذكر خاصة وما ذكره مجاز ،
والعمل بالحقيقة أولى . وقال أبو حنيفة رحمه الله : لو لم يكن لفلان ولد لصلبه يعطى ولد
ولده من قبل الرجال دون الإناث ، ولا يشترك في هذا النساء مع الرجال ، إنما هي
للرجال خاصة ، بخلاف اسم الولد على ما يأتي إن شاء الله تعالى . قال (ولو أوصى لأيتام
بني فلان أو عميانهم أو زمنهم أو أراملهم وهم يحصون فهي للفقراء والأغنياء ، وإن
كانوا لا يحصون فللفقراء خاصة) وقد مر ، وكذلك إذا أوصى لجاوري مكة فهي كالوصية
للأيتام ، واليتيم : كل من مات أبوه ولم يبلغ الحلم ، غنياً كان أو فقيراً ، والأرملة :
كل امرأة بالغة فقيرة فارقتها زوجها أو مات عنها ، دخل بها أو لم يدخل من قولهم :

أَوْصَى لَوْرَثَةَ فُلَانٍ فَلِلَّذِي كَرِهَ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ، وَإِنْ قَالَ لِيَوَلَدِ فُلَانٍ
الَّذِي كَرِهَ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ ، وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْإِبْنِ مَعَ أَوْلَادِ الصُّلْبِ ،
وَيَدْخُلُ أَوْلَادُ الْإِبْنِ فِي الْوَصِيَّةِ عِنْدَ عَدَمِ وَلَدِ الصُّلْبِ ، وَلَا يَدْخُلُ
أَوْلَادُ الْبَنَاتِ ،

أرمل القوم : إذا فني زادهم ، ويسمى الذكر أرملًا مجازًا . قال :
كل الأرامل قد قضيت حاجتها . فن لحاجة هذا الأرملة الذكر (١)
والأيم : كل امرأة لأزوج لها وقد جومت حرًا أو حلالًا بلغت أولم تبلغ فقيرة أو غنية ،
هكذا ذكره محمد رحمه الله ، وقوله حجة في اللغة . الشاب والفتى من خمسة عشر سنة إلى أن
يصير كهلاً ، لأنه من شب إذا نما وازداد وهو في النمو إلى أن يكمل . والغلام : ما لم يبلغ
من الغلظة وهي السكر والغفلة لأنه ما لم يبلغ كالسكران في لهوه وصباه . والكهل : من
ثلاثين سنة ، فإذا وخطه الشيب فهو شيخ قاله الجوهري . وعن أبي يوسف ومحمد الكهل
من أربعين إلى خمسين إلا إذا غلب الشيب فهو شيخ . وعن أبي يوسف إذا بلغ ثلاثين وخالطه
شيب فهو كهل ، وإن لم يخالطه فهو شاب ، والعبرة للشيب والشمط (٢) فإن الناس تعارفوا
ذلك وأطلقوا الاسم عند وجود العلامة . والكهولة من الاكتهال وهو الاكتهال ، ومنه
اكتهال الزرع إذا أدرك وبيض . والشيخ : من خمسين إلى آخر العمر . قال أبو يوسف :
إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب وحساب فهم لا يحصون . وقال محمد : إن كانوا أكثر من
مائة لا يحصون ، واختار أن يفوض الأمر إلى القاضي وهو الأحوط . قال (أوصى لورثة
فلان فللذكر مثل حظ الأنثيين) اعتبارًا بالميراث لأن اسم الورثة دل عليه (وإن قال لولد
فلان الذكر والأنثى فيه سواء) لأنه لادلالة على التفضيل واللفظ يتناول الكل ، لأن الولد
اسم لجنس المولود ذكرًا كان أو أنثى واحدًا أو أكثر ، ويدخل فيه الحمل لأنه ولد حتى
ورث (ولا يدخل أولاد الابن مع أولاد الصلب) لأن الولد حقيقة يتناول ولد الصلب ،
ولو كان له بنات لصلبه وبنو ابن فالوصية للبنات عملاً بالحقيقة . (ويدخل أولاد الابن في
الوصية عند عدم ولد الصلب) لأن اسم الولد ينتظم ولد الصلب حقيقة وولد الولد
مجازًا ، فإذا تعدت الحقيقة صرف إلى المجاز تحررًا عن التعطيل (ولا يدخل أولاد البنات)

(١) قوله كل الأرامل ، قال في لسان العرب : قال ابن جني : قلما يستعمل الأرملة
في المذكر إلا على التشبيه والمغالطة . قال جرير : وساق البيت المذكور . وذكر في هامش
لسان العرب : كل الأرامل كذا في الأصل . وفي شرح القاموس والتكلمة والأساس :
هذه الأرامل ، فلعلمها روايتان اه .

(٢) قوله الشمط ، قال في مختار الصحاح : الشمط بفتحين بياض شعر الرأس يخالط سواده .

أَوْصَى لِمَوَالِيهِ فَهِيَ لِمَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ وَلِأَوْلَادِهِمْ ، وَلِأَنْ
يَدْخُلُ مَوَالِي الْمَوَالِي إِلَّا عِنْدَ عَدَمِهِمْ .

وروى الخصاص عن محمد أنهم يدخلون ، وذكر في السير الكبير : إذا أخذ أمانا لنفسه
ولولده لم يدخل فيه ولد البنات ، وجه رواية الخصاص أن الولد ينسب إلى أبويه حقيقة
وينسب إلى جده مجازا ، فإذا نسب إلى جده أب أبيه بأنه ابنه مجازا ، فكذا ينسب إلى
أب أمه ، ولأن عيسى عليه السلام يقال له ابن آدم ولا ينسب إليه إلا من أمه . وجه الظاهر
أن أولاد البنات ينسبون إلى أبيهم ، قال :

بنونا بنو أبناثنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعد

وإذا نسبوا إلى آبائهم لم ينسبوا إلى أب الأم فلا يدخلون في الوصية له ، ومما يدل عليه
قوله تعالى - ما كان محمد أباً أحد من رجالكم - ولو كان ولد البنت ينسب إليه لكان
أباً للحسن والحسين رضي الله عنهما . قال (أوصى لمواليه فهي لمن أعتقه في الصحة
والمرض ولأولادهم) من الرجال والنساء ، وسواء أعتقه قبل الوصية أو بعدها ، لأن
الوصية تتعلق بالموت ، وكل واحد من هؤلاء ثبت له الولاء عند الموت فاستحق الوصية
لوجود الصفة فيه ، وأولادهم أيضا ينسبون إليه بالولاء المعلق بالعتق فيدخلون معهم ،
والمذبرون وأمهات الأولاد لا يدخلون . وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأنهم استحقوا
الحرية بسبب لا يلحقه الفسخ فنسبوا إلى الولاء كالمعتق . وجه الظاهر أن الوصية تستحق
بالموت وهؤلاء يعتقون عقيب الموت ، ويثبت لهم الولاء بعده ، فحال نفوذ الوصية
لم يكونوا موالى فلا يدخلون فيها . ولو قال لعبده : إن لم أضربك فأنت حر فأت قبل ضربه
دخل في الوصية لأنه يعتق عند عجزه عن الضرب ، وذلك في آخر جزء من أجزاء حياته
فيستحق اسم الولاء عقيب الموت فيدخل في الوصية . وأما موالى المولاة قال أبو يوسف :
إذا كان الموصى من العرب وله موالى عتاقة وموالى مولاة ، فهم شركاء في الوصية ،
لأن الاسم يشمل الكل . وقال محمد في الجامع الكبير : الوصية لولاء العتاقة وأولادهم دون
موالى المولاة ، لأن ولأه العتاقة بالعتق ، ولولاء المولاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلا
يتنظما لفظ واحد ، ومولى العتاقة ألزم فيجمل عليه ، بخلاف الأولاد لأنهم ينسبون
هم والآباء إليه بولاء واحد : قال (ولا يدخل موالى الموالى إلا عند عدمهم) لأنهم موالى
غيره حقيقة ، وهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب ، فان الموالى حقيقة الذين أوقع
عليهم العتق ، وموالى الموالى ينسبون إليه مجازا ، فلا يتناولهم الاسم إلا عند عدم الموالى
حقيقة لما مر ، فان كان له موليان فالثلث لهما ، لأن اسم الجمع في الوصايا يحمل على
الاثنتين فصاعدا لما مر .

فَإِنْ كَانَ لَهُ مَوْلًى وَاحِدٌ وَمَوْلَى مَوَالَةٍ فَالنِّصْفُ لِمَوْلَاهُ وَالْبَاقِي لَوَرَثَتِهِ ؛ وَإِنْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ أَعْتَقُوهُ وَمَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ فَهِيَ بَاطِلَةٌ .

قال (فان كان له مولى واحد ومولى موالاة فالنصف لمولاه والباقي لورثته) لما بينا أن اسم الجمع يتناول الاثنين فصاعدا ، فيستحق الواحد النصف ويسقط مولى الموالاة لتعذر العمل بالحقيقة والحجاز فيصرف إلى الورثة ، ونظيره الوصية للولد وله ولد واحد وولد ولد ، فللصلي نصف الثلث والباقي للورثة ، ولا شيء لولد الولد والعلّة ما بينا . قال (وإن كان له موالٍ أعتقوه وموالٍ أعتقهم فهي باطلة) لأن اسم الموالٍ يتناولهما ومعناها مختلف ، لأن أحدهما أنعم ولآخر أنعم عليه وليس أحدهما أولى من الآخر فتعذر العمل بعموم اللفظ ، لأن الاسم المشترط لا ينتظم المعنيين المختلفين في حالة واحدة فبقى الموصى له مجهولا ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنها جائزة وتكون للفريقين لأن الاسم ينتظمهما ولا يدخل موالى أبيه . وقال أبو يوسف : يدخلون لأنهم مواليه حكما حتى يرثهم بالولاء فدخلوا تحت الاسم ، وجه الظاهر أنه لم يعتقهم فلا يكونون مواليه حقيقة ولم ينسبوا إليه بالولاء ، بخلاف ابن المولى فإنه ينسب إليه بالولاء بواسطة أبيه وإنما يرثهم بالعصوبة لا بالولاء ، بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء .

مسائل مشورة

وصى باع ضيعة لليتيم من مفلس يؤجل القاضي المشتري ثلاثة أيام ، فإن نقد الثمن وإلا فسخ البيع نظرا لليتيم . أوصى إلى رجل بأن يضع ثلث ماله حيث أحب ، فله أن يجعله في نفسه لأنه امتثل أمر الموصى فيجوز على إطلاقه ؛ ولو قاتل أعطه من شئت لا يعطى نفسه ، لأن الإعطاء لا يتحقق إلا بأخذ غيره ، والدفع والأخذ لا يتحقق من الواحد ، بخلاف الوضع فإنه يتحقق عند نفسه ، ولو قال : تصدق عني بهذه العشرة على عشرة مساكين فتصدق على مسكين واحد ؛ أو قال تصدق على مسكين واحد فتصدق على عشرة جاز ، لأن الصدقة قرينة لله تعالى والمساكين مصارف كالزكاة . وروى الحسن عن أبي حنيفة وابن سماع عن أبي يوسف أنه لا يجوز ، وعن محمد لمؤوصى أن يتصدق عنه بهذه الألف أو بهذا الثوب أو بهذا العبد أو يهدي عنه هذه البدنة ليس للموصى أن يتصدق بالقيمة ، واختار أنه يجوز فيها دفع القيم كما في الزكاة والصدقة ولو أوصى بأن يتخذ طعاما للناس بعد وفاته ويطعم الذين يحضرون التعزية ثلاثة أيام ، قال الفقيه أبو جعفر : يجوز من الثلث للذين يحضرون التعزية من مكان بعيد ويطول مقامهم عنده ، والأغنياء والفقراء سواء ، ولا يجوز لمن لا يطول مقامه ، وإن فعل الوصى من الطعام شيئا كثيرا يضمن ، وإن كان

كتاب الفرائض

قليلًا لا يضمن ؛ وقيل الوصية باطلة ، والوصية بالكفن والدفن والنقل من موضع إلى موضع باطلة لأن ولايته في ماله قد انقطعت بالموت ، ولو أوصى بأن يطين قبره أو يجعل عليه قبة أو يدفع شيئًا إلى من يقرأ عند قبره القرآن فالوصية باطلة لأن عمارة القبور للأحكام مكروه ، وأخذ الشيء للقراءة لا يجوز لأنه كالأجرة ، ووصية الذمي لليعة والكنيسة تجوز .
اعلم أن وصية الذمي إما إن كانت بقربة عندنا وعندهم أو عندهم أو عندنا ، أو لا تكون قربة أصلاً ؛ فالأول مثل الوصية لبيت المقدس في عمارته ودهن مصابيحها ، والوصية للغزاة الذين يقاتلون من خالفهم من أهل الحرب ، فهذه صحيحة لأنها قربة في الحقيقة وفي معتقدهم ؛ ومثال الثاني أن يوصي بداره لليعة أو كنيسة ، أو لبناء بيعة أو كنيسة ، أو أوصى أن تذهب خنازيره ويطعم المشركون فإنه يجوز . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز لأن ذلك معصية ، وفي الجواز تقريرها فلا تجوز . ولأبي حنيفة أن ذلك قربة في معتقدهم وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون ، قال عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » أي يعتقدون . فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم . وأما قوله بأنه تقرير المعصية فليس بشيء لأن ذلك لو منع لما جاز قبول الجزية لأنه تقرير لكفرهم وبقائهم عليه ؛ ومثال الثالثة الوصية لمساجدنا بالعمارة والحج وغير ذلك فهي باطلة نظراً إلى اعتقادهم ؛ ومثال الرابعة الوصية للزوانيخ والمغنيات فإنه لا يجوز لأنه معصية عندنا وعندهم وفي جميع الأديان فلا وجه إلى الجواز ، ولو كان لقوم معلومين معينين جاز بطريق التملك لا بطريق الوصية والاستخلاف ، وكذلك الفصل الثالث .

حرفي دخل دارنا بأمان فأوصى بجميع ماله لمسلم أو ذمي جاز ، لأن عدم الجواز بما زاد على الثلث إنما كان لحق الورثة ، ألا ترى أنهم لو أجازوا جاز ، وليس للورثة حق محترم لكونهم في دار الحرب إذ هم كالأموات في أحكامنا فصار كأن لا وارث له فيصح .

كتاب الفرائض

وهي جمع فريضة فعيلة من الفرض ، وهو في اللغة : التقدير والقطع والبيان . قال تعالى - فنصفت ما فرضتم - أي قدرتم ، ويقال : قرض القاضي النفقة : أي قدرها ، وقال تعالى - سورة أنزلناها وفرضناها - أي بيناها ، ويقال : فرضت الفأرة الثوب : إذا قطعته .
والفرض في الشرع : ما ثبت بدليل مقطوع به كالكتاب والسنة المتواترة والإجماع ، وسبى هذا النوع من الفقه فرائض لأنه سهام مقدرة مقطوعة معينة ثبتت بدليل مقطوع به فقد اشتمل على المعنى اللغوي أو الشرعي ، وإنما خص بهذا الاسم لوجهين : أحدهما أن

يُبْدَأُ مِنْ تَرْكَةِ الْمَيْتِ بِتَجْهِيزِهِ وَدَفْنِهِ عَلَى قَدْرِهَا ثُمَّ تُقْضَى دُيُونُهُ ،
ثُمَّ تُنْفَذُ وَصَايَاهُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ ، ثُمَّ يُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ وَرَثَتِهِ ،

الله تعالى سماه به ، فقال بعد القسمة - فريضة من الله - والنبي عليه الصلاة والسلام أيضا سماه به فقال « تعلموا الفرائض » والثاني أن الله تعالى ذكر الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات مجملا ولم يبين مقاديرها ، وذكر الفرائض وبين سهامها وقدرها تقديرا لا يحتمل الزيادة والنقصان ، فخص هذا النوع بهذا الاسم لهذا المعنى ، والإرث في اللغة البقاء ، قال عليه الصلاة والسلام « إنكم على إرث من إرث أبيكم إبراهيم » أى على بقية من بقايا شريعته ، والوارث الباقي وهو من أسماء الله تعالى : أى الباقي بعد فناء خلقه ، وسمى الوارث لبقائه بعد المورث . وفي الشرع : انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة ، فكأن الوارث لبقائه انتقل إليه بقية مال الميت . ومن شرف هذا العلم أن الله تولى بيانه وقسمته بنفسه وأوضحه وضوح النهار بشمسه فقال - يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين - إلى آخر الآيتين ، وقال سبحانه - يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة - إلى آخر الآية ، فبين فيها أهم سهام الفرائض ومستحقها ، والباقي يعرف بالاستنباط لمن تأمل فيها ، والنبي عليه الصلاة والسلام أمر بتعليمها وحض عليه فقال « تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنها نصف العلم ، وإنما أول علم يدرس » وفي رواية « أول علم ينتزع من أمتي » والأحاديث والآثار في فضله كثيرة .

قال (يبدأ من تركة الميت بتجهيزه ودفنه على قدرها ، ثم تقضى ديونه ، ثم تنفذ وصاياه من ثلث ماله ، ثم يقسم الباقي بين ورثته) فهذه الحقوق الأربعة تتعلق بتركة الميت على هذا الترتيب . أما البداية بتجهيزه ودفنه فلائ الباس وستر العورة من الحوائج اللازمة الضرورية وأنها مقدمة على الديون والتفقات وجميع الواجبات في حالة الحياة ، فكذا بعد الممات وبالإجماع إلا حقا تعلق بعين كالمهرن والعبد الجاني ، فان المهرن وولى الجناية أولى به من تجهيزه ، لأنهما أحق بذلك في حال الحياة من الحوائج الأصلية كستر العورة والطعام والشراب ، فكذا بعد وفاته ، ويكفى في مثل ما كان يلبسه من الثياب الحلال حال حياته على قدر التركة من غير تقدير ولا تبذير اعتبارا لإحدى الحالتين بالأخرى ، ويقدم على الوصية ، لأن الوصية تبرع واللازم أولى ، وعلى الورثة لأن المال إنما ينتقل إليهم عند غناؤه ، ألا ترى أن حال حاجته وهى مدة حياته لا ينتقل إليهم ؟ قال عليه الصلاة والسلام « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ثم تقضى ديونه من جميع ما بقى من ماله لقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وأنه يقضى تأخر القسمة عن الدين والوصية ، ولا يقضى تقدم أحدهما على الآخر ، فان من قال : أعط زيدا بعد عمرو أو بكر لا يقضى

وَيُسْتَحَقُّ الْإِرْثُ بِرَحِمٍ وَنِكَاحٍ وَوَلَاءٍ ، وَالْمُسْتَحِقُّونَ لِلتَّرَكَةِ عَشْرَةٌ : أَصْنَافٌ مُرْتَبَةٌ : ذَوُو السَّهَامِ ثُمَّ الْعَصَبَاتُ النَّسَبِيَّةُ ثُمَّ السَّبَبِيَّةُ وَهُوَ الْمُعْتَقُ ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ ، ثُمَّ الرَّدُّ ، ثُمَّ ذَوُو الْأَرْحَامِ ، ثُمَّ مَوَلَى الْمَوَالَةِ ، ثُمَّ الْمُقَرَّبُ لَهُ بِنَسَبٍ لَمْ يَثْبُتْ ، ثُمَّ الْمُوصَى لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ ، ثُمَّ بَيْتُ الْمَالِ . وَالْمَانِعُ مِنَ الْإِرْثِ : الرِّقُّ وَالْقَتْلُ وَاخْتِلَافُ الْمِلَّتَيْنِ ، وَاخْتِلَافُ الدَّارَيْنِ حُكْمًا .

تقدم أحدهما على الآخر لكن يقبض تأخر زيد عنهما في الإعطاء فكانت الآية مجملة ، وقد بلغنا أن النبي عليه الصلاة والسلام قدم الدين على الوصية فكان بياناً لحكم الآية ، رواه عنه علي رضي الله عنه ، ولأن الدين مستحق عليه ، والوصية تستحق من جهته ، والمستحق عليه أولى لأنه مطالب به ، لأن فراغ ذمته من أهم حوائجه ، قال عليه الصلاة والسلام « الدين حائل بينه وبين الجنة » ولأن أداء الفرائض أولى من التبرعات ، ثم تنفذ وصاياه من ثلث ماله بعد قضاء الدين ، فإن كانت الوصية بعين تعتبر من الثلث وتنفذ ، وإن كانت بجزء شائع كالثلث والربع فالوصى له شريك الورثة يزداد نصيبه بزيادة التركة وينقص بنقصانها فيحسب المال ويخرج نصيب الوصية كما يخرج نصيب الوارث وتقدم على قسمة التركة بين الورثة لما تلونا ، فإن اللفظ يقتضي تأخر القسمة عن الدين والوصية عملاً بكلمة « بعد » ثم يقسم الباقي بين ورثته على فرائض الله تعالى للآيات الثلاث . قال (ويستحق الإرث برحم ونكاح وولاء) أما الرحم والنكاح فبالكتاب والإجماع ، وأما الولاء فلما يأتي إن شاء الله تعالى (والمستحقون للتركة عشرة أصناف مرتبة : ذوو السهام ، ثم العصبات النسبية ، ثم السببية وهو المعتق ، ثم عصبته ، ثم الرَّدُّ ، ثم ذوو الأرحام ، ثم مولى الموالاة ، ثم المقر له بنسب لم يثبت) وقد ذكر في الإقرار (ثم الموصى له بما زاد على الثلث) وقد مر في الوصايا (ثم بيت المال) لأن المال متى خلا عن مستحق ومالك فصرفه بيت المال كاللقطة والضال ، وسنذكر لكل صنف فصلاً نبين فيه حكمه إن شاء الله تعالى . قال (والمانع من الإرث : الرق والقتل ، واختلاف الملتين ، واختلاف الدارين حكماً) على ما يأتيك بتوفيق الله تعالى .

فصل : في ذوى السهام

وهم أصحاب الفروض ، وهم كل من كان له سهم مقدّر في كتاب الله تعالى أو في سنة وسوله عليه الصلاة والسلام أو بالإجماع ، ويبدأ بهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى عصبية ذكر » وهم اثنا عشر نفرًا : عشرة من النسب ، واثنان من السبب . أما العشرة من النسب : فثلاثة من الرجال ، وسبعة من النساء :

أما الرجال فالأول الأب ، وله ثلاثة أحوال : الفرض المحض ، وهو السدس مع الابن وابن الابن وإن سفل ، قال الله تعالى - ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد - والتعصيب المحض ، وذلك عند عدم الولد وولد الابن ، قال تعالى - فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث - فعلمنا أن الباقي للأب وهو آية العصوبة والتعصيب والفرض ، وذلك مع البنت وبنت الابن فله السدس بالفرض ، والنصف للبنت ، أو الثلثان للبنتين فصاعدا والباقي له بالتعصيب لقوله عليه الصلاة والسلام « فما أبقيت فلأولى عصبة ذكر » والثاني الجدة ، والمراد الجدة الصحيح وهو الذي لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى ، وهو بمنزلة الأب عند عدمه على ما يذكر في باب إن شاء الله تعالى ، ولأن اسم الأب ينطلق عليه ، قال تعالى خبرا عن يوسف عليه السلام - واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسمحق - وإسمحق جده وإبراهيم جد أبيه . والثالث الأخ لأم وله البنين والبنات فصاعدا الثلث وإن اجتمع الذكور والإناث استووا في الثلث ، قال تعالى « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث - وقرأ أبي وسعد بن أبي وقاص - وله أخ أو أخت لأم - وقراءهما كروايتهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فالتحق بيانا له ، وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم .

وأما النساء فالأولى البنت ولها النصف إذا انفردت ، وللبنتين فصاعدا الثلثان ، قال تعالى - فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف - . قال عامة المفسرين : المراد الثلثان فصاعدا ، وفي الآية تقديم وتأخير تقديره : وإن كن نساء اثنتين فما فوقهما ، ونظيره قوله تعالى - فاضربوا فوق الأعناق - أى الأعناق فما فوقها ، وقيل فوق زائدة في الآيتين ، وعلى ذلك عامة العلماء ، إلا ما روى عن ابن عباس أنه قال : للواحدة النصف ، وللثنتين النصف ، وما زاد فلهن الثلثان عملا بظاهر اللفظ ، وجوابه أنه احتمل أن يراد ما ذكر ، واحتمل ما ذكرنا فوقع الشك فاحتجنا إلى مرجح من خارج وهو معنا في صريح السنة ، وهو ما روى أن سعد بن الربيع استشهد يوم أحد وترك ابنتين وأخا وامرأة ، فأخذ أخوه المال وكان إذ ذاك يرث الرجال دون النساء ، فجاءت زوجته إلى النبي عليه الصلاة والسلام وقالت : يا رسول الله إن هاتين ابنتي سعد قتل يوم أحد وأخذ عهدهما المال ولا ينكحان إلا ولهما مال ، فقال عليه الصلاة والسلام : أرجعى فلعل الله تعالى أن يقضى في ذلك فزلت هذه الآية ، فبعث عليه الصلاة والسلام إلى عهدهما أن أعطيهما ثلثي المال ولأمهما ثمنه والباقي لك فكانت أول ميراث قسم في الإسلام ، ولأن البنت تستحق الثلث مع الابن وهو أقوى حالا منها فلأن تستحقه مع البنت وهي مثاها

في القوة والاستحقاق كان أولى ، ولأننا أجمعنا على أن الأختين يستحقان الثلثين ، فلأن يستحقهما البنتان وهما أقرب وألزم كان أولى .

الثانية بنت الابن وللواحدة النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان ، فهن كالصليبات عند عدم ولد الصلب ، لأن اسم الولد ينطلق عليهن حقيقة وشرعا ، فإنه كان السبب في توليدهن إلا أن أولاد الابن يدلون إلى الميت بالابن وبسببه يرثون فيحجبون به كالجدة مع الأب والجدات مع الأم ، ولا يلزم أولاد الأم حيث يرثون مع الأم وإن كانوا يدلون بها ، لأن السبب مختلف فإن الأم ترث بالأمومة وهم بالأخوة ولأنها تستحق جميع التركة ، وللواحدة فصاعدا من بنات الابن السدس مع الصليبة تكمة الثلثين لما روى عبد الله بن سعود رضى الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في بنت وبنت ابن وأخت للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكمة الثلثين وللأخت الباقي » وبنت ابن الابن مع بنت الابن كبنت الابن مع الصليبة ، وإذا استكملت البنات الثلثين سقطت بنات الابن ، لأن حق البنات في الثلثين بنص الكتاب ، وبنات الابن يرثن بالبنتية عند عدم ولد الصلب ، فإذا استكملت الصليبات الثلثين لم يبق لجهة البنتية نصيب فسقطت بنات الابن ، إلا أن يكون في درجتهم أو أسفل منهن ذكر فيعصبن فيكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، مثاله بنتان وبنت ابن للبنتين الثلثان ، ولا شيء لبنت الابن ؛ وإن كان مع بنت الابن أخوها أو ابن عمها فلبنتين الثلثان ولبنت الابن وأخيها أو ابن عمها الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين .

بنتان وبنت ابن وبنت ابن وابن ابن ابن ، للبنتين الثلثان والباقي بين بنت الابن ومن دونها للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ ولو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن بعضهن أسفل من بعض ، وثلاث بنات ابن ابن ابن بعضهن أسفل من بعض ، وصورته إذا كان لابن الميت ابن وبنت ، ولابن ابنه ابن وبنت ، ولابن ابن ابنه ابن وبنت ، فبات البنون وبقى البنات ، وكذلك ثلاث بنات ابن ابن ابن ، وهذه صورتها :

م			
ابن	ابن	ابن	فالعليا من الفريق الأول لا يوازيها أحد ، والوسطى من الفريق الأول توازيها العليا من الفريق الثاني
ابن بنت	ابن	ابن	والسفلى من الفريق الأول توازيها الوسطى من الفريق الثاني ، والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثاني توازيها الوسطى من الفريق الثالث ، والسفلى من الفريق الثالث لا يوازيها أحد ، فللعليا من الفريق الأول النصف والسدس تكمة الثلثين للوسطى من
ابن بنت	ابن بنت	ابن	
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت	
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت	

الفريق الأول ، والعليا من الفريق الثاني لاستوائهما في الدرجة ولا شيء للباقيات ، فان كان مع العليا من الفريق الأول غلام فالمسال بينه وبينها للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات ، وإن كان مع الوسطى من الفريق الأول غلام فالنصف للعليا من الفريق الأول ، والباقي بين الغلام ومن في درجته للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كان مع السفلى من الفريق الأول فالنصف للعليا من الفريق الأول والسدس للوسطى منه مع من يوازيها تكملة الثلثين والباقي بين الغلام ومن يوازيه للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات وإن كان مع السفلى من الفريق الثاني فالنصف للعليا من الفريق الأول ، والسدس تكملة الثلثين للوسطى منه ولمن يوازيها ، والباقي بين الغلام ومن يوازيه ومن هو أعلى منه ممن لا فرض له للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات وعلى هذا .

والأصل في هذا أن بنت الابن تصير عصبية بابن الابن سواء كان في درجتها أو أسفل منها إذا لم تكن صاحبة فرض ، لأن الجارية التي توازي الغلام وإنما ورثت بسبب الغلام بعد استكمال الصليبات الثلثين لأنها لولاه لما ورثت ، فلأن ترث بسبب جارية أقرب منه إلى الميت كان أولى . وأما صاحبة الفرض فقد استقلت بالفرض فلا تصير تابعة لمن هو أسفل منها في الاستحقاق ، وهذا الفصل يسمى التشيب ، إما لأن التشيب الوصف والبيان ، ومنه التشيب في الشعر لأنه ذكر وصف النساء وبيان صفاتهن ، أو لترتيب درجات بنات الابن بنتا تحت بنت كأنجاش الشابة (١) ، وهذه نبذة منه ، والباقي يعرف بالتأمل ، والقياس عليه .

والثالثة الأم ، ولها ثلاثة أحوال : السدس مع الولد وولد الابن واثنين من الإخوة والأخوات من أى جهة كانوا ، والثلث عند عدم هؤلاء ، قال تعالى - ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس - وقال ابن عباس : إنما يحجبها من الثلث إلى السدس ثلاثة من الإخوة

(١) قوله كأنجاش الشابة ، كذا بالأصل الذى بأيدينا ، وفي نسخة أخرى : كأنجاش الشابة ، وعبارة الزيلعي : وهذا النوع من المسائل يسمى في عرف الفرضيين تشيب بنات الابن إذا ذكرن مع اختلاف الدرجات ، وهو إما مشتق من قولهم : شب فلان بفلانة : إذا أكثر ذكرها في شعره ، وتشيب القصيدة تحسينها وترزينها بذكر النساء ، أو من شب النار إذا أوقدها ، لأن فيه تركية للخواطر ، أو من شب الفرس يشب ، ويشب شاباً : إذا رفع يديه جميعاً ، أو أشببته أنا إذا هيجهته لذلك لأنه خروج وارتفاع من درجة إلى أخرى كبحال الفرس في نزواته : أى وثباته اه .

فصاعدا نظرا إلى لفظ الجمع ، وجوابه أن الجمع يذكر بمعنى التثنية ، قال تعالى - فقد صبغت قلبكما - ولأن الجمع من الاجتماع وأنه يتحقق باجتماع الاثنين . وروى أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنهما : إن الله تعالى حجب بالإخوة ، والاثنان في اللسان ليسا بإخوة فقال : قد كان ذلك قبلي فلا أستطيع أن أدراه ، فدل أنه كان إجماعا . وثالث ما يبق بعد فرض الزوج والزوجة في مسئلتين : زوج وأبوان ، أو زوجة وأبوان لها في المسئلة الأولى السدس وفي الثانية الربع ، وتسميان العمريتين ، لأن عمر رضي الله عنه أول من قضى فيهما ، وخالف ابن عباس فيهما جميع الصحابة فقال : لها الثلث نظرا إلى قوله تعالى - فلأمه الثلث - ولنا قوله تعالى - وورثه أبواه فلأمه الثلث - جعل لها ثلث ما يرثه الأبوان ، وإنما يرثان في هاتين المسئلتين الباقي بعد فرض الزوجين فيكون لها ثلثه وهو ما ذكرنا ، ولأننا لو أعطيناها ثلث الكل أدّى إلى تفضيل الأنثى على الذكر مع استوائهما في سبب الاستحقاق والقرب وأنه خلاف الأصول ، ولو كان مكان الأب جد في المسئلتين فلها الثلث كاملا ، وفيه رواية أخرى تأتي في باب الجدة إن شاء الله تعالى ، ووجهه أنها أقرب من الجدة لأنها تدلى إلى الميت بغير واسطة والجدة يدلى بواسطة الأب ، والتفاضل يجوز عند اختلاف القرب كزوجة وأخت لأبوين وأخ لأب ، للزوجة الربع ، وللأخت النصف ، وللأخ ما بقي وهو الربع .

والرابعة الجدة الصحيحة كأم الأم وإن غلت ، وأم الأب وإن علا وكل من يدخل في نسبتها أب بين أمين فهي فاسدة ، وللواحدة الصحيحة السدس لما روى : أن جدّة أم أم جاءت إلى أبي بكر رضي الله عنه وطلبت ميراثها فقال : لأجد لك في كتاب الله شيئا ولم أسمع فيك من رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجمي حتى أسأل لك أصحابي أو أرى فيك رأيي ، فصلى الظهر ثم خطب فقال : هل سمع أحد منكم شيئا في الجدة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقام المغيرة بن شعبه رضي الله عنه فقال : أشهد أني أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى للجدة السدس ، وفي رواية : أطمع الجدة السدس ، فقال : هل معك شاهد آخر ؟ فقال محمد بن مسلمة : أنا أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم بمثل ما شهد به المغيرة ، فقضى لها بالسدس . وجاءت أم أب في زمن عمر رضي الله عنه فقضى لها بالسدس ، ولو اجتمعن وتحاذين فلهن السدس أيضا ، لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أطمع ثلاث جدّات السدس » رواه الطحاوي ، وتماه يذكر في فصل الجدّات إن شاء الله تعالى .

الخامسة الأخوات لأب وأم ، للواحدة النصف ، وللتنتين فصاعدا الثلثان ، لقوله تعالى

- إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك - ثم قال - فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك .

السادسة : الأخوات لأب ، وهن كالأخوات لأبوين عند عدمهن ، لأن اسم الأخت في الآية يتناول الكل ، إلا أن الإخوة والأخوات لأبوين يقدمون لقوة القرابة لأنهم يدلون بجهتين ، وعند عدمهم نجرينا على قضية النص وللواحدة فصاعداً من الأخوات لأب السدس مع الأخت لأبوين تكلمة الثلثين ، وهن مع الأخوات لأبوين كبنات الابن مع الصليبيات فيحجبون بالأخ من الأبوين وبالأخ والأخت ، ولا يحجبون بالأخت الواحدة كما تقدم . وإذا استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين سقط الأخوات من الأب ، إلا أن يكون معهن أخ فيعصبهن ، والوجه فيه مأمور في بنات الابن .

السابعة : الأخوات لأم ، فللواحدة السدس ، وللثنتين فصاعداً الثلث ، وتماه مرة في الأخ لأم . وأما الاثنان من السبب فالزوج والزوجة ، فللزوج النصف عند عدم الولد وولد الابن ، والرابع مع الولد أو ولد الابن ، وللزوجة الربع عند عدمهما ، والثمن مع أحدهما بذلك نطق صريح الكتاب ، والزوجات والواحدة يشتركن في الربع والثمن لقوله تعالى - فلهن - وهو اسم جمع وعليه الإجماع .

فصل

ومن اجتمع فيه قرابتان : لو تفرقتا في شخصين ورثا ورث بهما ويجعل كشخصين إذ كل واحدة مستقلة في سبب الاستحقاق . مثاله : مات عن زوج وهو ابن عمها النصف له بالزوجية والباقي بالعمومة . مات عن ابني عم أحدهما أخ لأم فللأخ السدس بالأخوة والباقي بينهما بالعمومة ولو مات عن ابني عم أحدهما زوج فللزوج النصف والباقي بينهما بالعمومة . مات عن أختين إحداها معتقة ، فالثلثان بينهما بالأخوة والباقي للمعتقة وهذا بالإجماع

أما الجلدات ، قال أبو يوسف : يقسم بينهما باعتبار الأبدان ، وعند محمد باعتبار الجهات . مثاله : جدتان إحداها لها قرابتان كأم أم الأم وهي أم أب أب ، والأخرى لها قرابة واحدة كأم أم الأب فالسدس بينهما نصفان عند أبي يوسف وعند محمد أثلاثا . وصورته : امرأة تزوج ابن ابنها بنت بنتها فأولدها ابناً فهذه أم أم أم هذا الابن وهي أم أب أبيه ؛ وكذا لو تزوج ابن بنتها بنت لها أخرى فأولدها ابناً كانت أم أم أمه وأم أم أبيه ، فإن تزوج هذا الابن بنت بنت بنت لها أخرى فأولدها ابناً صارت أم أم أم أمه وأم أم أم أمه .

وَالسَّهَامُ الْمَفْرُوضَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى : الثَّمَنُ وَالسُّدُسُ ، وَتَضْعِيفُهُمَا مَرَّتَيْنِ ، فَالْثَّمَنُ ذَكَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي فَرَضِ الزَّوْجَةِ ، وَالرُّبْعُ فِي فَرَضِهَا وَفَرَضِ الزَّوْجِ ، وَالنِّصْفُ فِي فَرَضِ الزَّوْجِ وَالْبِنْتِ وَالْأُخْتِ ، وَالسُّدُسُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْأَبِ وَالْوَحِيدِ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، وَالثَّلَاثُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْإِخْوَةِ لِأُمِّ ، وَالثَّلَاثَانِ لِلْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ .

فصل في العصبات

وَهُمْ نَوْعَانِ : عَصَبَةٌ بِالنِّسَبِ ، وَعَصَبَةٌ بِالسَّبَبِ . أَمَّا النَّسَبِيَّةُ فَثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٍ : عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ ، وَهُوَ كُلُّ ذَكَرٍ لَا يَدْخُلُ فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أَنْتَى وَأَقْرَبِهِمْ جِزْءُ الْمَيِّتِ ، وَهُمْ بَنُوهُ

أَبِيهِ ، فَيَكُونُ لَهَا ثَلَاثُ جِهَاتٍ ، وَلَوْ تَزَوَّجَ هَذَا الْإِبْنُ بِنْتَ بِنْتِ بِنْتِ لَهَا أُخْرَى ، فَأُولَئِكَ ابْنَاتُ جَدَّةٍ لَهُ مِنْ أَرْبَعِ جِهَاتٍ ، وَعَلَى هَذَا يُمْكِنُ تَكْثِيرُ الْجِهَاتِ .

فصل

(وَالسَّهَامُ الْمَفْرُوضَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى : الثَّمَنُ وَالسُّدُسُ وَتَضْعِيفُهُمَا مَرَّتَيْنِ) فَتَصِيرُ سِتَّةً لِأَنَّ تَضْعِيفَ الثَّمَنِ الرَّبْعَ ، وَتَضْعِيفَ الرَّبْعِ النِّصْفَ ، وَتَضْعِيفَ السُّدُسِ الثَّلَاثَ ، وَتَضْعِيفَ الثَّلَاثِ الثَّلَاثَانِ (فَالْثَّمَنُ ذَكَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي فَرَضِ الزَّوْجَةِ ، وَالرُّبْعُ فِي فَرَضِهَا وَفَرَضِ الزَّوْجِ ، وَالنِّصْفُ فِي فَرَضِ الزَّوْجِ وَالْبِنْتِ وَالْأُخْتِ ، وَالسُّدُسُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْأَبِ وَالْوَحِيدِ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، وَالثَّلَاثُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْإِخْوَةِ لِأُمِّ ، وَالثَّلَاثَانِ لِلْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ) وَأَمَّا الْكُلُّ فَانَّهُ ذَكَرَهُ فِي مَوْضِعَيْنِ : أَحَدُهُمَا نَصًّا ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ - وَالثَّانِي ذَكَرَهُ اقْتِضَاءً وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ - فَيَكُونُ لِلْإِبْنِ الْكُلَّ ضَرْوَةً وَاقْتِضَاءً ، وَالثَّابِتُ اقْتِضَاءً كَالنَّصِّ ، فَهَذِهِ سَهَامُ الْفَرَائِضِ لَا تَخْرُجُ عَنْهَا فَرِيضَةُ الْإِجْمَاعِ عِنْدَ الْعَوْلِ وَالرَّدِّ عَلَى مَا يَأْتِيكَ فِي مَوْضِعِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْمُسْتَحْقِقِينَ لِهَذِهِ السَّهَامِ وَحَالَاتِهِمْ .

فصل في العصبات

وَهُمْ كُلُّ مَنْ لَيْسَ لَهُ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ وَيَأْخُذُ مَا بَقِيَ مِنْ سَهَامِ ذَوِي الْفُرُوشِ ، وَإِذَا انْفَرَدَ أَخَذَ جَمِيعَ الْمَالِ (وَهُمْ نَوْعَانِ : عَصَبَةٌ بِالنِّسَبِ وَعَصَبَةٌ بِالسَّبَبِ . أَمَّا النَّسَبِيَّةُ فَثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٍ : عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ ، وَهُوَ كُلُّ ذَكَرٍ لَا يَدْخُلُ فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أَنْتَى وَأَقْرَبِهِمْ جِزْءُ الْمَيِّتِ وَهُمْ بَنُوهُ

« ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ أَصْلُهُ وَهُوَ الْأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ ، ثُمَّ جِزْءُ أَبِيهِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ ، ثُمَّ جِزْءُ جَدِّهِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ ، ثُمَّ أَعْمَامُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ ، ثُمَّ أَعْمَامُ الْجَدِّ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَهَكَذَا . وَعَصَبَةُ بَغْيَرِهِ ، وَهُمْ أَرْبَعٌ مِنَ النِّسَاءِ يَصِرْنَ عَصَبَةً بِأَخَوَاتِهِنَّ ، فَالْبَنَاتُ بِالْإِبْنِ ، وَبَنَاتُ الْإِبْنِ بِابْنِ الْإِبْنِ ، وَالْأَخَوَاتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ بِأَخِيهِنَّ ، وَالْأَخَوَاتُ لِأَبٍ بِأَخِيهِنَّ . »

قال تعالى - ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد - قدم الابن في التعصيب على الأب فيكون مقدما على من بعده بطريق الأولى (ثم بنوه وإن سفلوا) لدخولهم في اسم الولد . روي عن أبي بكر وعليّ وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضی الله عنهم أنهم قالوا : أقرب العصابات الابن ثم ابن الابن ، والأب وإن كان أقرب من ابن الابن فهو صاحب فرض مع الابن وبينه ، والمعتبر في الترجيح الاستحقاق بجهة التعصيب لا بالفرض كابن الأخ لأب يرث مع الأخت لأبوين وإن كانت أقرب وأقوى جهة (ثم أصله وهو الأب) لقوله تعالى - وورثه أبواه فلأمه الثلث - يعني الباقي للأب فثبت أنه أحق بالتعصيب من الجد والإخوة ولأن من بعده يدل به (ثم الجد) وفيه خلاف يأتي في باب إن شاء الله تعالى (ثم جزء أبيه) وهم الإخوة لقوله تعالى - وهو يرثها إن لم يكن لها ولد - جعله أولى بجميع المال في الكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد (ثم بنوه ثم جزء جده) وهم الأعمام (ثم بنوه ثم أعمام الأب ثم بنوه ثم أعمام الجد ثم بنوه وهكذا) لأنهم في القرب والدرجة على هذا الترتيب ، فيكونون في الميراث كذلك كما في ولاية الإنكاح ، وإذا اجتمعت العصابات فإنه يورث الأقرب فالأقرب لقوله عليه الصلاة والسلام « فلأولى عصبه ذكر » ولأن علة الاستحقاق القرب والعلية في الأقرب أكثر فتقدم كما في النكاح . وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه جعل المال للأخ لأب وأم ، ثم للأخ لأب ، ثم لابن الأخ لأب وأم ، ثم لابن الأخ لأب وساق ذلك في العمومة » ومن كان منهم لأبوين أولى ممن كان لأب لأنه أقوى قرابة حيث يدل بجهتين الأب والأم ، ولما تقدم من الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام « إن أعيان بني الأب والأم يتوارثون دون بني العلات » وإذا اجتمع جماعة من العصبه في درجة واحدة يقسم المال عليهم باعتبار أبدانهم لا باعتبار أصولهم . مثاله : ابن أخ وعشرة بنى أخ آخر ، أو ابن عم وعشرة بنى عم آخر ، المال بينهم على أحد عشر سهما لكل واحد سهم (وعصبته بغيره وهم أربع من النساء يصرن عصبه بأخواتهن ، فالبنات بالابن وبنات الابن بابن الابن) لقوله تعالى - يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين - (والأخوات لأب وأم بأخيهن ، والأخوات لأب بأخيهن) لقوله تعالى - وإن

وَعَصَبَةٌ مَعَ غَيْرِهِ ، وَهُمْ الْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ يَصِرْنَ عَصَبَةً مَعَ
الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الْإِبْنِ . وَعَصَبَةٌ وَلَدَ الزَّنا وَوَلَدَ الْمَلَاعِنَةِ مَوَالِي أُمُّهُمَا ،
وَالْمَعْتِقُ عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ ثُمَّ عَصَبَتُهُ عَلَى التَّرْتِيبِ وَهُوَ آخِرُ الْعَصَبَاتِ .

فصل الحجب

سِتَّةٌ لَا يُحْجَبُونَ أَصْلًا : الْأَبُ وَالْإِبْنُ وَالزَّوْجُ وَالْأُمُّ وَالْبِنْتُ وَالزَّوْجَةُ ،
وَمَنْ عَدَا هَؤُلَاءِ فَالْأَقْرَبُ يُحْجَبُ الْأَبْعَدُ ،

كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين - (وعصبة مع غيره وهم الأخوات
لأبوين أو لأب يصرن عصبة مع البنات وبَنَاتِ الْإِبْنِ) لما تقدم من حديث ابن مسعود ،
ولقوله عليه الصلاة والسلام « اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة » . مثاله : بنت وأخت
لأبوين وأخ أو إخوة لأب فالنصف للبنت والنصف للأخت ولا شيء للإخوة ، لأنها لما
صارت عصبة صارت كالأخ من الأبوين (وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة موالى أمهما) .
لأنه لأب له ، والنبي عليه الصلاة والسلام ألحق ولد الملاعنة بأمه فصارت كشخص لا قرابة له
من جهة الأب فيرثه قرابة أمه ويرثهم ، فلو ترك بنتا وأما والملاعن ، فللبنت النصف وللأم
السدس والباقي يردّ عليهما كأن لم يكن له أب ، وكذلك لو كان معهما زوج أو زوجة أخذ
فرضه والباقي بينهما فرضا ورثا ، ولو ترك أمه وأخاه لأمه وابن الملاعن فلأمه الثلث
ولأخيه لأمه السدس والباقي يردّ عليهما ولا شيء لابن الملاعن لأنه لا أخ له من جهة الأب ،
ولو مات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم أبيه وهم الإخوة ولا يرثونه قوم جده وهم الأعمام
وأولادهم ، وبهذا يعرف بقية مسائله ، وهكذا ولد الزنا إلا أنهما لا يفرقان في مسألة واحدة
وهو أن ولد الزنا يرث من توأمه ميراث أخ لأم ، وولد الملاعنة يرث التوأم ميراث أخ
لأب وأم . (و) أما العصبة بسبب (المعتق) وهو (عصبة بنفسه ثم عصبته على) ما ذكرنا
من (الترتيب وهو آخر العصبات) لأن عصبوتهم حقيقية وعصبوته حكمية . قال عليه
الصلاة والسلام « الولاء لحمه كلحمه النسب » ولأنه أحياء معنى بالإعتاق فأشبهه بالولادة
وتمامه يأتي في فصله إن شاء الله تعالى ..

فصل الحجب

وهو نوعان : حجب نقصان ، وحجب حرمان ، فحجب النقصان هو الحجب من
سهم وقد تقدم . وأما حجب الحرمان فنقول (ستة لا يحجبون أصلا : الأب والابن والزوج
والأم والبنت والزوجة) لأن فرضهم ثابت بكل حال لثبوته بدليل مقطوع به وهو ما تلونا
من صريح الكتاب (ومن عدا هؤلاء فالأقرب يحجب الأبعد) كالابن يحجب أولاد الابن .

وَمَنْ يُدْنِي بِشَخْصٍ لَا يَرِثُ مَعَهُ إِلَّا أَوْلَادَ الْأُمِّ ، وَالْمَحْرُومُ لَا يَحْجُبُ
كَالْكَافِرِ وَالْقَاتِلِ وَالرَّقِيقِ ، وَالْمَحْجُوبُ يَحْجُبُ كَالْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ يَحْجُبُهُنَّ
الْأَبُ ، وَيَحْجُبُونَ الْأُمَّ مِنَ الثَّلَاثِ إِلَى السُّدُسِ ، وَيَسْقُطُ بَنُو الْأَعْيَانِ بِالْإِبْنِ
وَابْنِهِ وَبِالْأَبِ ، وَفِي الْجَدِّ خِلَافٌ ، وَيَسْقُطُ بَنُو الْعَلَاتِ بِهِمْ وَبِهِمْ هَؤُلَاءِ ،
وَيَسْقُطُ بَنُو الْأَخْيَافِ بِالْوَلَدِ وَوَلَدِ الْإِبْنِ وَالْأَبِ وَالْجَدِّ ،

والأخ لأبوين يحجب الإخوة لأب (ومن يدلي بشخص لا يرث معه إلا أولاد الأم)
وقد تقدم وجهه .

أمثلة ذلك : زوج وأخت لأبوين وأخت لأب ، للزوج النصف ، وللأخت لأبوين
النصف ، وللأخت لأب السدس تكملة الثلثين ، أصلها من ستة تعول إلى سبعة ، فإن كان
مع الأخت لأب أخ عصيها فلا ترث شيئا فهذا الأخ المشنوم . زوج وأبوان وبنت وبنت
ابن أصلها من اثني عشر وتعول إلى خمسة عشر للزوج الربع ثلاثة ، وللأبوين السدسان
أربعة ، وللبنت النصف ستة ، ولبنت الابن السدس سهران ، ولو كان مع بنت الابن ابن
عصيها فسقطت وتعول إلى ثلاثة عشر ، وهذا أيضا أخ مشنوم . أختان لأبوين وأخت لأب
فالمال للأختين فرضا وردا ، ولا شيء للأخت لأب ، فإن كان معها أخوها عصيها فلها
الباق وهو الثلث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهذا الأخ المبارك (والمحروم لا يحجب كالكافر
والقاتل والرقيق) لانقصانا ولا حرمانا ، لأنهم لا يرثون لعدم الأهلية ، والعلة تنعدم لفقد
الأهلية ونفوت نفقات شرط من شرائطها كبيع المجنون ، وإذا انعدمت العلية في حقهم
التحقوا بالعدم في باب الإرث . وعن ابن مسعود رضي الله عنه : أنه يحجب حجب نقصان
ويظهر ذلك في مسائل العول (والمحجوب يحجب كالأخوة ، والأخوات يحجبهم الأب ،
ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس) لأن علة الاستحقاق موجودة في حقهم ، لكن امتنع
بالحاجب وهو الأب فجاز أن يظهر حجبا في حق من يرث معها (ويسقط بنو الأعيان)
وهم الإخوة لأبوين (بالابن وابنه وبالأب ، وفي الجد خلاف) لأنهم أقرب (ويسقط
بنو العلات) وهم الإخوة لأب (بهم وبهؤلاء) لما بينا وبالحديث (ويسقط بنو الأخياف)
وهم الإخوة لأم (بالولد وولد الابن والأب والجد) بالاتفاق ، لأن شرط تورثهم كون
الميت يورث كلاله بقوله تعالى - وإن كان رجل يورث كلالة - الآية ، والمراد أولاد
الأم لما تقدم ، والكلالة من لا ولد له ولا والد ، فلا يرث إلا عند عدم هؤلاء (وتسقط
جميع الجدات) الأبويات والأميات (بالأم) لما روى : أن النبي عليه الصلاة والسلام
إنما أعطى الجددة السدس إذ لم يكن للميت أم ، ولأن الأمية تنبئ إلى الميت بالأم وترث
بواسطة الجددة يرث معها لما تقدم أن الأقرب يحجب الأبعد فحجبها نصا وقياسا ،

وَتَسْقُطُ جَمِيعُ الْجَدَّاتِ بِالْأُمِّ ، وَتَسْقُطُ الْأَبَوِيَّاتُ بِالْأَبِ ، وَالْقُرْبَى تَحْجُبُ الْبُعْدَى وَارِثَةٌ كَانَتْ أَوْ مَحْجُوبَةٌ .

فصل

الْعَوْلُ : هُوَ زِيَادَةُ السَّهَامِ عَلَى الْفَرِيضَةِ فَتَعُولُ الْمَسْأَلَةُ إِلَى سِهَامِ الْفَرِيضَةِ وَيَدْخُلُ النِّقْصَانُ عَلَيْهِمْ بِقَدَرِ حِصَصِهِمْ .
وَأَعْلَمُ أَنَّ أَصُولَ الْمَسَائِلِ سَبْعَةٌ : اثْنَانِ وَثَلَاثَةٌ وَأَرْبَعَةٌ وَسِتَّةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَاثْنَا عَشَرَ وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ . فَأَرْبَعَةٌ مِنْهَا لَا تَعُولُ : الْإِثْنَانِ وَالثَّلَاثَةُ وَالْأَرْبَعَةُ وَالثَّمَانِيَّةُ . وَثَلَاثَةٌ تَعُولُ : السِّتَّةُ

أما الأبوية فحجبها نصا لا قياسا لأنها تدل على الميت بالأب وترث إفرضه ، فالقياس أن لا تحجبها الأم (وتسقط الأبويات بالأب) كالجد مع الأب ، وكذلك يسقطن بالجد إذا كن من قبله ، ولا تسقط أم الأب بالجد لأنها ليست من قبله ؛ فلو ترك أبا وأم أب وأم أم فأُم الأب محجوبة بالأب . واحتلفوا ماذا لأم الأب ، قيل لها السدس لأن أم الأب لما انحجبت لا تحجب غيرها ، وقيل لها نصف السدس لأنها من أهل الاستحقاق فتحجب وإن حجبت كالإخوة مع الأم (والقرن تحجب البعدى وارثة كانت أو محجوبة) أما إذا كانت وارثة فظاهرها لأنها تأخذ الفريضة فلا يبقى للبعدى شيء ، وأما إذا كانت محجوبة ، وصورتها ترك أبا وأم أب وأم أم ، قيل الكل للأب لأنه حجب أمه وهي حجبت أم أم الأم لأنها أقرب منها ، وقيل لها السدس لأن أم الأب محجوبة فلا تحجبها ، وقد تقدم الوجه فيهما .

فصل

(العول : هو زيادة السهام على الفريضة ، فتعول المسألة إلى سهام الفريضة . ويدخل النقصان عليهم بقدر حصصهم) لعدم ترجيح البعض على البعض كالديون والوصايا إذا ضاقت التركة عن إيفاء الكل يقسم عليهم على قدر حقوقهم ، ويدخل النقص على الكل كذا هذا ، ولأن الله تعالى لما جمع هذه السهام في مال لا يتسع للكل علمنا أن المراد إلحاق النقص بالكل عملا باطلاق الجمع فكان ثابتا مقتضى جمع هذه السهام ، والثابت بمقتضى النص كالثابت بالنص ، وعلى ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، إلا ابن عباس على ما نبينه إن شاء الله تعالى .

(وأعلم أن أصول المسائل سبعة : اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنا عشر وأربعة وعشرون ، فأربعة منها لا تعول : الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية ، وثلاثة تعول : الستة

وَالْاثْنَا عَشَرَ وَالْأَرْبَعَةَ وَالْعِشْرُونَ ، فَالسَّتَةُ تَعُولُ إِلَى عَشْرَةٍ وَتَرَا وَشَفَعَا ،
وَاثْنَا عَشَرَ تَعُولُ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ وَسَبْعَةَ عَشَرَ ، وَأَرْبَعَةَ
وَعِشْرُونَ تَعُولُ إِلَى سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ لَا غَيْرُ .

وَالْاثْنَا عَشَرَ وَالْأَرْبَعَةَ وَالْعِشْرُونَ ، فَالسَّتَةُ تَعُولُ إِلَى عَشْرَةٍ وَتَرَا وَشَفَعَا ، وَاثْنَا عَشَرَ تَعُولُ إِلَى
ثَلَاثَةِ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ وَسَبْعَةَ عَشَرَ ، وَأَرْبَعَةَ وَعِشْرُونَ تَعُولُ إِلَى سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ لَا غَيْرُ .
أمثلة التي لاتعول : زوج وأخت لأبوين ، للزوج النصف ، وللأخت النصف ، وكذلك
زوج وأخت لأب ، وتسمى اليتميتين لأنه لا يورث المال بفريضتين متساويتين إلا في هاتين
المسألتين بنت وعصبة نصف وما بقي ، أصلها من ثنتين . أخوان لأم وأخ لأبوين ثلث وما
بقي . أختان لأب وأم وأخ لأب . ثلثان وما بقي أصلها من ثلاثة . أختان لأبوين وأختان لأم
ثلثان وثلث . زوج وبنت وعصبة ربع ونصف وما بقي أصلها من أربعة . زوجة وبنت
وعصبة ثمن ونصف ، وما بقي أصلها من ثمانية . زوجة وابن ثمن وما بقي من ثمانية .

أمثلة العائلة : جدة وأخت لأم وأخت لأبوين وأخت لأب ، أصلها من ستة وتصح
منها جدة وأختان لأم وأخت لأبوين وأخت لأب سدس وثلث ونصف وسدس ، أصلها
من ستة وتعول إلى سبعة . زوج وأم وأخوان لأم نصف وسدس وثلث من ستة ، وتسمى
مسألة الإلزام لأنها إلزام لابن عباس ، لأنه إن قال كما قلنا فقد حجب الأم . بأخوين وهو
خلاف مذهبه ، وإن جعل للأم الثلث وللأخوين السدس فقد أدخل النقص على أولاد
الأم وليس مذهبه ، وهو خلاف صريح الكتاب ، وإن جعل لهما الثلث فقد قال بالعول .
زوج وأم وأخت لأبوين نصف وثلث ونصف ، أصلها من ستة وتعول إلى ثمانية ، وهي
أول مسألة عالت في الإسلام ، وقعت في صدر خلافة عمر رضى الله عنه فاستشار
الصحابه فيه ، فأشار العباس أن يقسم عليهم بقدر سهامهم فصاروا إلى ذلك ، وفي رواية
أنه قال : لأجد لكم فرضا في كتاب الله ولا أدرى من قدمه الله تعالى فأقدمه ، ولا من
أخره فأؤخره ، وليكني رأيت رأيا فإن كان صوابا فمن الله ، وإن كان خطأ فني ، أرى أن
أدخل النقص على الكل فقسم بالعول ولم يخالفه أحد في ذلك إلى أن انتهى الأمر إلى عثمان ،
فأظهر ابن عباس الخلاف وقال : لو قدموا من قدمه الله وأخروا من أخره الله ما عالت
فريضة قط ، فقيل له : من قدمه الله ومن أخره الله ؟ قال : الزوج والزوجة والأم والجدة
من قدمه الله ، وأما من أخره الله فالبنات وبنات الابن والأخوات لأب وأم ، والأخوات
لأب ، فتارة يفرض لمن وتارة يكن عصبة ويدخل النقص على هؤلاء الأربع ثم قل :
من شاء باهلته إن شاء الله تعالى ، وفي رواية : إن الذي أحصى زمل عالج (١) لم يجعل

(١) عالج ، قال في مختار الصحاح : وعالج موضع بالبادية وفيه رمل .

في المال نصفاً ونصفاً وثلاثاً ، فقيل له : هلا ذكرت ذلك في زمن عمر؟ قال : كان مهيباً هيبته ، وفي رواية : منعني درته إذ لم يكن لي دليل قطعي ، وإنما امتنع لأنه اجتهد فلم يأمن أن يصير محجوجاً ، ولو كان دليل ظاهر لما سكنت ولما خالف عمر رضي الله عنه وتسمى مسألة المباهلة . زوج وأم وأختان لأبوين ، أصلها من ستة وتعود إلى ثمانية ، زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات ، أصلها من ستة وتعود إلى تسعة ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ، وللأخت لأم سهم ، وللأخت لأبوين ثلاثة ، وللأخت لأب سهم السدس تكملة الثلثين . زوج وأم وأختان لأم وأختان لأبوين نصف وثلث وسدس وثلثان ، أصلها من ستة وتعود إلى عشرة ، وتسمى أم الفروخ لأنها أكثر المسائل عولاً فشبهت الأربعة الزوائد بالفروخ ، وتسمى أيضاً الشريحية ، لأن شريحاً أول من قضى فيها . زوجة وأختان لأبوين وأخ لأب ، أصلها من اثني عشر وتصح منها . زوجة وجدة وأختان لأبوين ربع وسدس وثلثان ، أصلها من اثني عشر وتعود إلى ثلاثة عشر . امرأة وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وثلث وثلثان ، أصلها من اثني عشر وتعود إلى خمسة عشر . امرأة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وسدس وثلث وثلثان ، أصلها من اثني عشر وتعود إلى سبعة عشر . ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لأم وثمانى أخوات لأبوين ، أصلها من اثني عشر وتعود إلى سبعة عشر ، وتسمى أم الأرامل لأنه ليس فيها ذكر وهي من المعلىة ، يقال : رجل مات وترك سبعة عشر ديناراً وسبع عشرة امرأة أصاب كل امرأة ديناراً . امرأة وأبوان وابن ، أصلها من أربعة وعشرين وتصح منها . امرأة وأبوان وبنتان ثمن وسدسان وثلثان ، أصلها من أربعة وعشرين وتعود إلى سبعة وعشرين ، وتسمى المنبرية لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال على الفور : صار ثمنها تسعاً ، ومراً على خطبته ، ولو كان مكان الأبوين جد وجدة أو أب وجدة فكذاك ، وكذا لو كان مكان البنين بنت وبنت ابن . زوجة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين وابن كافر أو قاتل أو رقيق ، أصلها من اثني عشر وتعود إلى سبعة عشر كما تقدم لأن المحرم وهو الابن لا يحجب . وعند ابن مسعود يحجب الابن الزوجة من الربع إلى الثمن ، أصلها من أربعة وعشرين وتعود إلى أحد وثلاثين للزوجة الثمن ثلاثة ، وللأم السدس أربعة ، ولأولاد الأم الثلث ثمانية ، وللأختين لأبوين الثلثان ستة عشر وتسمى ثلاثينية ابن مسعود .

واعلم أن الستة متى عالت إلى عشرة أو تسعة أو ثمانية فالملت امرأة قطعاً ، وإن عالت إلى سبعة احتمل واحتمل ؛ ومتى عالت الاثني عشر إلى سبعة عشر فالملت ذكر ، وإلى ثلاثة عشر وخمسة عشر احتمل الأمرين ؛ والأربعة والعشرون إذا عالت إلى سبعة وعشرين أو إلى أحد وثلاثين عند ابن مسعود فالملت ذكر .

وَالرَّدُّ ضِدُّ الْعَوْلِ ، بَأَنْ تَزِيدَ الْفَرِيضَةُ عَلَى السَّهَامِ وَلَا عَصَبَةَ هُنَاكَ تَسْتَحِقُّهُ
فَيُرَدُّ عَلَى ذَوَى السَّهَامِ بِقَدْرِ سَهَامِهِمْ إِلَّا عَلَى الزَّوْجَيْنِ ، وَيَقَعُ الرَّدُّ عَلَى
جِنْسٍ وَاحِدٍ وَعَلَى جِنْسَيْنِ وَعَلَى ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ الْمَسْأَلَةُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ كَانَ
فِيهَا مَنْ لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِمَّا إِنْ كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا
أَوْ أَكْثَرَ ، فَإِنْ كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا فَاجْعَلِ الْمَسْأَلَةَ مِنْ عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ، وَإِنْ
كَانَ جِنْسَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَمِنْ سَهَامِهِمْ وَأَسْفِطِ الزَّائِدَ .

فصل

(والرد ضد العول بأن تزيد الفريضة على السهام ولا عصبه هناك تستحقه فيرد على
ذوى السهام بقدر سهامهم إلا على الزوجين) وهو مذهب عمر وعلى وابن مسعود وابن
عباس رضى الله عنهم . وعن عثمان أنه يرد عن الزوجين ، قالوا : وهذا وهم من الراوى ،
فانه إنما صح عن عثمان رضى الله عنه أنه رد على الزوج لا غير ، وتأويله أنه كان ابن
عم فاعطاه الباقي بالعصبة . أما الزوجة فلم ينقل عن أحد الرد عليها . وقال زيد بن ثابت
يوضع الفاضل في بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى . لنا قوله عليه الصلاة والسلام
« من ترك مالا أو حقا فلورثته » الحديث ، ولأن القرابة علة لاستحقاق الكل لأن الميت
قد استغنى عن المال ، فلو لم ينتقل إلى أحد يبق سائبة ، والقريب أول الناس به فيستحقه
بالقرابة صلة ، إلا أنها تقاعدت عن استحقاق الكل عند الاجتماع للمزاحة بالإجماع فبقيت
مفيدة له عند الانفراد ، فوجب أن يستحق صاحب السهم بقدر سهمه حالة المزاحة ،
والفاضل عن سهمه حالة الانفراد ، أما الزوجان فقرابتهما قاصرة فلا يستحقان إلا سهمهما
إظهارا لقصور مرتبتهما ، ولأن الزوجية تزول بالموت فينتفى السبب ، وقضيته عدم الإرث
أصلا إلا أنا أعطيناهما فرضهما بصريح الكتاب فلا يزداد عليه .

واعلم أن جميع من يرد عليه سبعة : الأم والجدة والبنت وبنات الابن والأخوات من
الأبوين والأخوات لأب وأولاد الأم (ويقع الرد على جنس واحد وعلى جنسين وعلى
ثلاثة ولا يكون أكثر من ذلك ، والسهام المردود عليها أربعة : الاثنان والثلاثة والأربعة
والخمس) ثم المسألة لا يخلو إما أن كان فيها من لا يرد عليه أولم يكن ، فان لم يكن فلما
إن كان جنسا واحدا أو أكثر ، فإن كان جنسا واحدا فاجعل المسأل من عدد رؤوسهم ،
وإن كان جنسين أو أكثر فمن سهامهم وأسقط الزائد) .

أمثلة ذلك : جدة وأخت لأم ، للجدة السدس ، وللأخت السدس ، والباقي رد
عليهما بقدر سهامهما ، فاجعل المسألة من عدهم وهو اثنان لاستوائهما في الفرض ، أصل

المسألة من ستة عادت بالرد إلى اثنين ، جدة وأختان لأم ، للجدة السدس وللأختين الثلث ، فاجعل المسألة من ثلاث وهو عدد رعوهم : بنت وأم ، للبنت النصف ثلاثة ، وللأم السدس سهم ، اجعلها من أربعة عدد سهامهم . أربع بنات وأم ، للبنات الثلثان ، وللأم السدس ، اجعل المسألة من خمسة عدد سهامهم ، وإن كان في المسألة من لا يرد عليه وهو الزوج والزوجة ، فإن كان جنسا واحدا فأعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخارجه ، ثم اقسم الباقي عن عدد من يرد عليه إن استقام ، كزوج وثلاث بنات ، أعط الزوج فرضه الربع من أربعة ، والباقي للبنات وهن ثلاثة يصح عليهن ؛ وإن لم يستقم عليهم ، فإن كان بين رعوهم وما بقي من فرض من لا يرد عليه موافقة ، فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات ، للزوج الربع ، يبق ثلاثة لا تستقيم على البنات وبينهم وبين الباقي موافقة بالثلث ، فاضرب وفق رؤوسهم وهو اثنان في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو أربعة تكون ثمانية ، للزوج الربع سهمان يبق ستة تصح على البنات وإن لم يكن بينهما موافقة كزوج وخمس بنات ، فاضرب كل رؤوسهم وهي خمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو أربعة . يكن عشرين منها تصح ؛ وإن كان من لا يرد عليه مع جنسين أو ثلاثة ممن يرد عليهم ، فأعط فرض من لا يرد عليه ثم اقسم الباقي على مسألة من لا يرد عليه إن استقام ، وإلا فاضرب جميع مسألة من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فما بلغ صحت منه المسألة ، ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه ، وسهام من يرد فيها بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه . مثال الأول : زوجة وأربع جدات وست أخوات لأم ، للزوجة الربع سهم ، يبق ثلاثة وسهام من يرد عليه ثلاثة فقد استقام على سهامهم : ومثال الثاني : أربع زوجات وتسع بنات وست جدات ، للزوجات الثمن سهم ، تبق سبعة وسهام الرد خمسة لا يستقيم عليها ولا موافقة ، فاضرب سهام الرد وهي خمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه وهي ثمانية تكن أربعين منها تصح ، ثم اضرب سهام من لا يرد عليه وهو واحد في مسألة من يرد عليه وهو خمسة يكن خمسة ، وسهام من يرد عليه وهي خمسة فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة يكن خمسة وثلاثين ، للبنات أربعة أخماسه ثمانية وعشرون ، وللجدات الخمس سبعة . مثال آخر : زوجة وبنت وبنت ابن وجدة ، للزوجة الثمن ، يبق سبعة وسهام الرد خمسة لا يستقيم ولا موافقة ، فاضرب سهام من يرد عليه وهي خمسة في مخرج مسألة من لا يرد عليه وهو ثمانية يكن أربعين منها تصح ، وإذا أردت التصحيح على الرؤوس فاعمل بالطريق المذكور ، والله أعلم .

فصل: في مقاسمة الجد الإخوة

قال أكثر الصحابة رضي الله عنهم منهم أبو بكر وابن عباس وأبي بن كعب وعائشة :
الجد بمنزلة الأب عند علمه يرث معه من يرث مع الأب ويسقط به من يسقط بالأب ،
وهو قول أبي حنيفة ، فجعل الجد أب الأب بمنزلة الأب إلا في مسألتين : زوج وأبوان ،
أو زوجة وأبوان على ما تقدم ، وروى عنه الحسن بن زياد أنه بمنزلة الأب فيما أيضا .
وعن الصديق أيضا روايتان في هاتين المسألتين . وقال عليّ وابن مسعود وزيد بن ثابت
رضي الله عنهم : الجد لا يسقط بني الأعيان والعلات ويرثون معه . واختلفوا في كيفية
توريثهم معه ، وكتابنا هذا يضيّق عن استيعاب أقوالهم وما يترفع منها ، لكن نذكر مذهب
زيد بن ثابت لحاجتنا إلى معرفة قول أبي يوسف ومحمد فإنهما أخذوا بقوله . وعن ابن
عباس أنه لما سمع قول زيد قال : ألا يبقى الله زيد ؟ يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب
الأب أبا ؟ والمختار قول أبي بكر رضي الله عنه لأنه أبعد عن التردد والتوقف ولم تتعارض
عنه الروايات وتعارضت عن غيره . قال عليّ رضي الله عنه : من أحب أن يتحجم جرائم
جهنم فليقص في الجد والإخوة . وروى عبيد السلماني عن عمر رضي الله عنه أنه قضى
في الجد بمائة قضية يخالف بعضها بعضا . وعنه أنه جمع الصحابة رضي الله عنهم في بيت
وقال لهم : لا بد أن تتفقوا على شيء واحد في الجد ، فقام رجل فقال : أشهد أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قضى للجد بالسلس ، فقال مع من ؟ فقال : لأدري ، فقال :
لأدريت ، فقام آخر فقال كذلك ، وردّ عليه كذلك ، فسقطت حجة من السقف ففتروا
قبل أن يجمعوا على شيء ، فقال عمر رضي الله عنه : أبي الله تعالى أن يرتفع هذا الخلاف .
وعن عليّ رضي الله عنه أنه كان يقول : ألقوا علينا مسائل الفرائض واتركوا الجد ،
لاحياه الله ولا يباه . وعن ابن المسيب مثله .

واعلم أن الجدة الصحيح الوارث لا يكون إلا واحداً لأنه لا يكون إلا من جهة الأب ، والأقرب يسقط الأبعد . قال زيد بن ثابت رضي الله عنه : إذا اجتمع الجد والإخوة كان الجد كأحدهم يقاسمهم ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث ، فإن نقصته فرض له الثلث والباقي بين الإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله : جدّ وأخ المال بينهما نصفان لأن المقاسمة خير له . جد وأخوان المال بينهما أثلاثا لأن المقاسمة والثلث سواء . جدّ وثلاثة إخوة يفرض له الثلث والباقي بين الإخوة لأن المقاسمة تنقصه من الثلث فإن كان معهم صاحب فرض يعطى فرضه ثم ينظر في الباقي .

للجد ثلاثة أحوال: المقاسمة أو ثلث ما بقي أو سدس جميع المال فيعطى ما هو خير له منها والباقي بين الإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله : زوج وجد وأخ للزوج النصف والباقي بين الجد والأخ لأن القسمة خير له ، وكذلك مع الزوجة . جدة وجد وأخوان وأخت ، للجد السدس ، وللجد ثلث ما بقي لأنه خير له . جدة وبنت وجد وأخوان ، للجد السدس ، وللبنت النصف ، وللجد السدس لأنه خير له . زوج وأم وجد وأخ ، للزوج النصف ، وللأم الثلث ، والباقي وهو السدس للجد ويستقط الأخ ، وبنو العلات مع الجد كبنى الأعيان ، فإن اجتمعوا مع الجد ، قال زيد بن ثابت رضى الله عنه : يعدون معهم على الجد ليظهر نصيبه وتسمى فصل المعادة ، فإذا أخذ الجد نصيبه يرد بنو العلات ما وقع لهم إلى بنى الأعيان ويخرجون بغير شيء إلا إذا كان من بنى الأعيان أخت واحدة فتأخذ النصف بعد نصيب الجد ، فإن بقي شيء أخذته بنو العلات .

مثاله : جد وأخ لأب وأم وأخ لأب ، المال بينهم أثلاثا ، ثم يرد الأخ لأب على الأخ لأبوين نصيبه فيبقى للأخ من الأبوين الثلثان ، ولو كان معهم زوجة فلها الربع والباقي بينهم أثلاثا ، ويرد الأخ لأب ما وقع له إلى الأخ لأبوين ، ولو كان مكان الزوجة زوج فله النصف والباقي بينهم أثلاثا على الوجه الذى تقدم . جد وأخت لأبوين وأخت لأب ، للجد النصف ، وللأختين النصف وتأخذ الأخت لأبوين ، ولو كانت أختين لأب والمسألة يحالها فللجد الخمسان ، وللأخت لأبوين الخمس ، وللأختين لأب الخمسان ثم يردان على الأخت لأبوين ثمة النصف خمس ونصف ويبقى لهما نصف خمس . أصل المسألة من خمسة تضرب في اثنين لحاجتنا إلى النصف تصير عشرة ، للجد أربعة ، وللأخت لأبوين سهمان ، وللأختين لأب أربعة ، ثم يردان إلى الأخت لأبوين ثمة النصف ويبقى لهما سهم لا يستقيم عليهما ، فاضرب اثنين في عشرة تكن عشرين منها تصح . جد وأخت لأبوين وأخ لأب المال بينهم أخماسا ، ويرد الأخ على الأخت إلى تمام النصف يبقى معه نصف سهم وهو العشر ، ولو كان معه أخت ، فللجد سدسان ، وللأخت من الأبوين السدس ، وللأخ وأخته ثلثة فيردان عليهما ثمة النصف يبقى منهما سدس . جد وأختان لأبوين وأختان لأب ، للجد الثلث ولكل فريق الثلث ، ثم يرد أولاد الأب ثلثهم على أولاد الأبوين . أم وجد وأخت لأبوين وأخوان وأخت لأب ، أصلها من ستة للأم سهم وثلث الباقي خير للجد ، وليس للباقي ثلث صحيح ، فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر للأم ثلاثة ، وللجد خمسة ، وللأخت من الأبوين النصف تسعة ، يبقى سهم واحد لأولاد الأب

وهم خمسة ، فاضرب خمسة في ثمانية عشر تكن تسعين منها تصحّ وتسمى تسعينية زيد .
 أم وجد وأخت لأبوين وأخ وأخت لأب ، أصلها من ستة ، للأم سهم يبق خمسة لاستقيم
 على ستة ، فاضرب ستة في ستة تكن ستة وثلاثين ، للأم السدس ستة ، وللجدّ ثلث ما بقى
 عشرة ، وللأخت من الأبوين نصف الجميع وهو ثمانية عشر ، بقى لأولاد الأب سهمان
 وهم ثلاثة ، فاضرب ثلاثة في ستة وثلاثين يكن مائة وثمانية منها تصحّ ، إلا أن بين السهام
 موافقة بالانصاف فترجع إلى أربعة وخمسين . ووجهه أن المقاسمة وثلث ما بقى واحد في حقّ
 الجدّ فأعط الأم نصيبها من ثمانية عشر ثلاثة والجدّ ثلث ما بقى خمسة ، والأخت من
 الأبوين نصف الجميع تسعة ، يبق سهم لا يستقيم على أولاد الأب ، فاضرب ثلاثة في
 ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين منها تصحّ وتسمى مختصرة زيد ، فحصل من أصل زيد أنه
 يقول بالمقاسمة ما لم ينقصه من الثلث ، ومع صاحب الفرض ينظر له أصلح الأحوال
 الثلاثة ، ويعدّ ولد الأب على الجدّ إضراراً به ، ولا يفرض للأخوات المفردات مع الجدّ
 ويجعلهنّ عصبية ، ولا يقول بالعول بناء على أنهنّ عصبية ، وقد خالف هذا الأصل
 في المسألة الأكدرية ، وهي زوج وأم وجدّ وأخت لأب أو لأبوين ، للزوج النصف ،
 وللأم الثلث ، وللجدّ السدس ، وللأخت النصف ، ثم يضمّ الجدّ نصيبه إلى نصيب الأخت
 فيقتسمان الذكر مثل حظّ الأنثيين ، أصلها من ستة تعول إلى تسعة ، للزوج ثلاثة ، وللأم
 سهمان ، وللأخت ثلاثة ، وللجدّ سهم ، وما بقى يد الجدّ والأخت أربعة لاستقيم على
 ثلاثة ، فاضرب ثلاثة في تسعة يكن سبعة وعشرين منها تصحّ ؛ ولو كان مكان الأخت
 أخ فلا عول ولا أكدرية ، لأنه يكون للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللجدّ السدس ،
 ويسقط الأخ ؛ وكذا لو كان مع الأخ أخت لأنها تصير عصبية بأخيها . سميت أكدرية لأنها
 واقعة امرأة من بنى أكدر ، أو لأنها كدوت على زيد مذهبه من ثلاثة أوجه : أعال بالجدّ ،
 وفرض للأخت ، وجمع سهام الفرض وقسمها على التعصيب ، وإنما فرض لها ولم يجعلها
 عصبية لأنه لم يبق لها شيء ، ولا وجه إلى القسمة لأنه ينقص نصيب الجدّ من السدس
 فصار إلى ما ذكرنا ضرورة .

فصل الجلدات

وقد سبق ذكر الجلدة الصحيحة من الفاسدة وميراثها عند الانفراد والاجتماع وأحكام
 الحجب بين الجلدات ، وهذا الفصل لبيان مراتب الجلدات ومعرفتها .
 اعلم أن الجلدات على مراتب : الأولى جدتا الميت وهما أم أمه وأم أبيه وهما وارثتان .
 الثانية أربع جلدات : جدتا أبيه ، وجدتا أمه ، فجدتا أبيه أم أب أبيه ، وأم أم أبيه ، وجدتا

أمه ، أم أم أمه ، وأم أب أمه ، والكل وراثت إلا الأخيرة لأنها فاسدة فانه دخل في نسبها أب بين أمين . الثالثة ثمان جدات ، جدتا أب أبيه وهما : أم أب أب أبيه ، وأم أم أب أبيه وهما وارثتان ؛ وجدتا أم أبيه وهما : أم أم أم أبيه وهى وارثة ، وأم أب أم أبيه وهى ساقطة ؛ وجدتا أب أمه وهما : أم أم أب أمه ، وأم أب أب أمه وهما ساقطتان ؛ وجدتا أم أمه وهما : أم أم أم أمه وهى وارثة ، وأم أب أم أمه وهى ساقطة ، فإن كان لكل واحدة منهن جدتان يصرن ستة عشر وهى المرتبة الرابعة ، وإن كان لكل واحدة من الستة عشر جدتان يصرن اثنين وثلاثين وهكذا إلى ما لا يتناهى ، والجدات الثابتات على ضربين متحاذايات متساويات فى الدرجة . ومتفاوتات وطريق معرفة المتحاذايات الوارثات أن يلفظ بعددهن " أمهات ثم تبدل الأم الأخيرة أبا فى كل مرة إلى أن لا تبقى إلا أم واحدة ، وتصور ذلك فى خمس جدات متحاذايات وقس عليه فنقول :

[illegible]

مثاله : سئلت عن أربع جدات خذها بيمينك ثم انقص منه اثنين وخذها بيسارك ، ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما في يمينك يكن ثمانية ، اطرح منه عدد المسئول وهو أربعة تبقى أربعة فهي ساقطة ؛ ولو سئلت عن ثلاثة خذها بيمينك ثم انقص منه اثنين وخذها بيسارك ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما في يمينك يكن أربعة اطرح منه عدد المسئول عنه وهو ثلاثة بقي واحدة ساقطة .

واعلم أنه لا يتصور الجدة الواحدة من قبل الأم إلا واحدة، لأن الصحيحيات منهن أن لا يدخل بين أمين أب فكانت الوراثة أم الأم وإن علت. والقربى تحجب البعدى فلا ترث إلا جدة واحدة كما ذكرنا في الجدة.

وأما الأبويات فيتصور أن يرث الكثير منها على ما صورت لك، ولا يرث مع الأب إلا جدة واحدة من قبل الأم، لأن الأبويات يحجب به، ولا يرث مع الجد إلا جدتان : أحدهما من قبل الأم والثانية أم الأب، ولا يرث مع أب الجد إلا ثلاث : أحدها من

وَذَوُو الْأَرْحَامِ : كُلُّ قَرِيبٍ لَيْسَ بِذِي سَهْمٍ وَلَا عَصَبَةٍ ، وَهُمْ كَالْعَصَبَاتِ
مَنْ انْفَرَدَ مِنْهُمْ أَخَذَ جَمِيعَ الْمَالِ ، وَالْأَقْرَبُ يَحْجُبُ الْأَبْعَدَ ، وَهُمْ أَوْلَادُ
الْبَنَاتِ ، وَأَوْلَادُ بَنَاتِ الْإِبْنِ ، وَالْجَدُّ الْفَاسِدُ ، وَالْجَدَّاتُ الْفَاسِدَاتُ ، وَأَوْلَادُ
الْأَخَوَاتِ كُلِّهِنَّ ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ كُلِّهِمْ ، وَأَوْلَادُ الْإِخْوَةِ لِأُمِّ ،

قبل الأم ، والثانية أم أم الأب ، والثالثة أم أب الأب ، وعلى هذا كلما زاد في درجة
الأجداد زاد في درجة الجلدات وارثة .

فصل في ذوى الأرحام

قال عامة الصحابة رضى الله عنهم بتوريث ذوى الأرحام وهو مذهبنا . وقال زيد بن
ثابت : لا ميراث لهم ويوضع في بيت المال ، وبه قال مالك والشافعي . لنا قوله تعالى
- وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض - أى أولى بميراث بعض بالنقل . وقال عليه الصلاة
والسلام « الخال وارث من لا وارث له » . وروى « أن ثابت بن الدحداح مات ، فقال
رسول الله عليه الصلاة والسلام لعاصم بن عدى : هل تعرفون له فيكم نسبا ؟ فقال : إنما
كان آتيا فينا : أى غريبا ، فجعل ميراثه لابن أخته أبى لبابة بن عبد المنذر » ولأن أصل
القربة سبب لاستحقاق الإرث على ما بيناه ، إلا أن هذه القربة أبعد من سائر القربات
فتأخرت عنها ، والمال متى كان له مستحق لا يجوز صرفه إلى بيت المال ، ولأن سائر
المسلمين يدلون إليه بالإسلام ، وهؤلاء يدلون به وبالقربة ، والمسلم يجتنب أولى كبنى
الأعيان مع بنات العلات (وذو الأرحام كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبية ، وهم
كالعصابات من انفرد منهم أخذ جميع المال) لأنهم يدلون بالقربة وليس لهم سهم مقدر .
فكانوا كالعصابات (والأقرب يحجب الأبعد) كالعصابات حتى من هو أقرب إلى الميت
من أى صنف كان فهو أولى .

مثاله : بنت بنت وأب أم فهو أولى لأنه أقرب . أب أب أم وعمة أو خالة فهى
أولى لأنها أقرب . وذكر رضى الدين النيسابورى في فرائضه أنه لا يرث أحد من الصنف
الثانى وإن قرب وهناك واحد من الصنف الأول وإن بعد ، وكذا الثالث مع الثانى والرابع
مع الثالث ، قال : وهو المختار للفتوى ، والمعمول عليه من جهة مشايخنا تقديم الصنف
الأول مطلقا ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع . قال : وهكذا ذكره الأستاذ الصدر الكوفى
في فرائضه ، فعلى هذا بنت البنت وإن سفلت أولى من أب الأم ، وهم أربعة أصناف :
صنف ينتمى إلى الميت (وهم أولاد البنات ، وأولاد بنات الابن) وصنف ينتمى إليهم
الميت (و) هم (الجد الفاسد ، والجدات الفاسدات) وصنف ينتمى إلى أبوى الميت
(و) هم (أولاد الأخوات كلهن ، وبنات الإخوة كلهم ، وأولاد الإخوة لأم) وصنف

وَالْأَخْوَالَ وَالْخَالَاتُ وَالْأَعْمَامُ لِأُمِّ ، وَالْعَمَّاتُ وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ كُلُّهُمْ وَأَوْلَادُ هَؤُلَاءِ وَمَنْ يَدُلُّ بِهِمْ ، وَأَوْلَاهُمْ الصَّنْفُ الْأَوَّلُ ثُمَّ الصَّنْفُ الثَّانِي (سم) .

ينتمي إلى جدى الميت (و) هم (الأخوال والخالات والأعمام لأم ، والعمات وبنات الأعمام كلهم وأولاد هؤلاء ومن يدلى بهم ، وأولاهم الصنف الأول) لأن قرابة الولاد أقرب من غيرهم كما فى الأصول (ثم الصنف الثانى) وقالوا : الصنف الثالث أولى من الثانى لأنهم أولاد عصبه أو ذى سهم ، والأصل فى ذوى الأرحام إذا استوتوا فى الدرجة أن يقدم ولد وارث . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الصنف الثانى له زيادة اتصال باعتبار الجزئية لأنهم أصوله ، وزيادة القرب أولى مما ذكر ، لأن علة الاستحقاق القرب ، والعلة ترجح بالزيادة من جنسها .

الصنف الأول : أقربهم إلى الميت أولى كبنت بنت وبنت بنت بنت ، المال للأولى لأنها أقرب ، وإن استوتوا فى القرب فمن كان له ولد وارث أولى ، لأن له زيادة فى القرب باعتبار أصله كبنت بنت بنت وبنت بنت ابن ، المال للثانية لأنها ولد صاحب سهم . بنت بنت أخ وبنت ابن أخ ، المال للثانية لأنها ولد عصبه وارث ، فإن كان أحدهما يدلى بوارث لا بنفسه بل بواسطة فهما سواء .

مثاله : بنت بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن ، هما سواء لأن كل واحد يدلى إلى الميت بواسطة ، والعلة هى القرب فلا يترجح بالإدلاء ، وإن كان أحدهم أقرب والآخر أبعد ولكنه يدلى بوارث فالأقرب أولى ، لأن العلة هى القرابة فتترجح بزيادة القرب كالعصبات إذا استوتوا يطلب الترجيح بزيادة القرب كذا هنا .

مثاله : بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن ، المال للأولى لأنها أقرب ؛ وكذلك حالة وبنت عم ، الحالة أولى ؛ وإن استوتوا فى القرب والإدلاء ، فإن اتفقت الآباء والأمهات فالمال بينهما على السواء إن كانوا ذكورا أو إناثا ، وإن كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله : بنت بنت ابن وبنت بنت ابن ، المال بينهما على السواء ؛ وكذلك ابن بنت بنت وابن بنت بنت . بنت بنت بنت وابن بنت بنت ، المال بينهما أثلاثا . وإن اختلفت الأمهات والآباء فعند أبى يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة العبرة لأبديانهم لأصولهم . وعند محمد وهو أشهر الروايتين عن أبى حنيفة العبرة لأصولهم فيقسم المال على أصولهم ويعتبر الأصل الواحد متعددا بتعدد أولاده ، ثم يعطى لكل فرع ميراث أصله ، ويجعل كل أنثى تدلى إلى الميت بذكر ذكرا ، وكل ذكر يدلى إلى الميت بأنثى أنثى ، سواء كان إدلاؤهما بأب واحد أو بأكثر ، أو بأم واحدة أو بأكثر ، ثم يقسم سهام كل فريق بينهم بالسوية إن اتفقت

صفاتهم ، وإن اختلفت فلذلك مثل حظّ الأنثيين . لمحمد أن الفروع إنما تستحقّ الميراث بواسطة الأصول فيجب أن تكون العبرة للأصول . ولأبي يوسف أن ذوي الأرحام إنما يرثون بالقرابة كالعصبات ، وكلّ واحد مستبدّ بنفسه في أصل الاستحقاق ، فتعتبر الأبدان كالعصبات .

مثاله : بنت بنت ابن وابن بنت ابن ، المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بالإجماع .
بنت بنت بنت وبنت ابن بنت ، المال بينهما نصفان عند أبي يوسف باعتبار الأبدان .
وعند محمد أثلاثا باعتبار الأصول كأنه مات عن بنت بنت وابن بنت ، ثم ينقل نصيب
الابن إلى ابنته ونصيب البنت إلى بنتها . بنت ابن بنت وابن بنت بنت ، عند أبي يوسف
المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وعند محمد للبنت سهمان وللابن سهم . بنتا ابن بنت
وابن بنت بنت ، عند أبي يوسف ظاهر ، وعند محمد للابن خمس المال ، وأربعة أخماسه
للبنتين كأنه مات عن ابني بنت وبنت بنت . بنت بنت بنت وابن بنت بنت وبنت ابن بنت
وابن ابن بنت ، عند أبي يوسف ظاهر ، وعند محمد يقسم على الآباء على ستة للأوليين
سهمان لإدلائهما إلى الميت بأثني فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وللآخرين أربعة
إدلائهما إلى الميت بذكر فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، فصار المال بين القرقيين
أثلاثا فقد انكسر بالأثلاث ، فاضرب ثلاثة في ثلاثة يكن تسعة منها تصح . وإن وقع
الاختلاف في بطن أو أكثر فأبو يوسف مرّ على أصله . ومحمد يقسم المال على أول
خلاف يقع ، فما أصاب الذكور ينقل إلى فروعهم ، وما أصاب الإناث ينقل إلى فروعهن
مع اعتبار الاختلاف في البطن الثاني على الوجه الذي اعتبر في البطن الأول حتى ينتهي إلى
الأولاد الأحياء ، فيقسم على اعتبار أبدانهم . مثاله :

[illegible]

نصف خمس وهو عشر فيصح من عشرة ، ومن له قرابة من جهتين من ذوى الأرحام فله سهمان ، ومن له قرابة واحدة فسهام عند محمد اعتبارا بالأصول ، وعند أبي يوسف هما سواء لأنهم يرثون بالتعصيب وذلك لا يختلف كالعصبات حقيقة .

[illegible]

الصفة الثاني : وأولاهم أقربهم إلى الميت كآب أم ، وأب أم أم ، وأب أم أب ، المال كله لأب الأم ، فإن استوا في القرب فالإدلاء بوارث ليس بأولى في أضح الروايتين ، لأن السبب للاستحقاق القرابة دون الإدلاء بوارث . مثاله : أب أم أم ، وأب أب أم هما سواء ؛ إن كانوا ذكورا أو إناثا ، وإن اختلطوا فللذكر مثل حظ الأنثيين ؛ وإن كانوا من جهتين فلقوم الأم الثلث ، ولقوم الأب الثلثان

مثاله : أب أم أب وأب أب أم ، للأول الثلثان ، وللثاني الثلث . وإذا كان لأب الميت جدان من جهتين وكذلك لأمه ، فلقوم الأب الثلثان ، ولقوم الأم الثلث ، ثم ما أصاب قوم الأب ثلثاه لقربته من جهة أبيه ، وثلثه لقربته من جهة أمه ، وكذلك ما أصاب قوم الأم . وروى الحسن عن أبي حنيفة ما أصاب قوم الأب كله لقربته من قبل أبيه ، وما أصاب قوم الأم فلقربتها من قبل أبيها أيضا .

مثاله : أب أم أب أب ، وأب أب أم أب ، وأب أم أب أم ، وأب أب أم أم ،
فالأولون الثلاثة ، ولآخرين الثلاث لما ينهـ .

الصف الثالث ، وهو ثلاثة أنواع : الأول بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأب وأم وأولادهم . والثاني بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأب وأولادهم . والثالث أولاد الإخوة والأخوات لأم وأولادهم . فإن كانوا من النوع الأول أو الثاني فهم كالصف الأول في تساوى الدرجة والقرب والإدلاء بوارث والقسمة . وإن اختلفا في ذلك ، فعند أبي يوسف نعتبر الأبدان ، وعند محمد تعتبر الأبدان ووصف الأصول . وإن كانوا من النوع الثالث فالمال بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم فيه سواء اعتبارا بأصولهم ، ولا خلاف فيه إلا ما روى

شاذا عن أبي يوسف أنه يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين . وإن كانوا من الأنواع وتساووا
 في الدرجة فالمدلى بوارث أولى ؛ ثم عند أبي يوسف من كان منهم لأب وأم أولى ثم لأب
 ثم لأم ؛ وعند محمد يقسم المال على أصولهم وينقل نصيب كل أصل إلى فروعه .
 مثاله : ثلاث بنات أخوات متفرقات ، عند أبي يوسف المال كله لبنت الأخت
 لأبوين ؛ وعند محمد لها ثلاثة أخماس ، ولبنت الأخت من الأب خمس ، ولبنت الأخت
 لأم خمس باعتبار الأصول فرضا وردا . ثلاث بنات إخوة متفرقين ، عند أبي يوسف
 كل المال لبنت الأخ من الأبوين ؛ وعند محمد لبنت الأخ من الأم السدس ، والباقي
 لبنت الأخ من الأبوين : بنت أخت لأب وبنت أخت لأم ، المال للأولى عند أبي يوسف
 لأنها أقوى ؛ وعند محمد لها ثلاثة أرباع ، وللأخرى الربع فرضا وردا اعتبارا بالأصول .
 ابنا أخت لأبوين وبنت أخت لأم ، عند أبي يوسف المال لابنين ؛ وعند محمد ابنا أخت
 كأختين ، فيقسم المال بينهما على خمسة ، وأولاد هؤلاء كأصولهم المدلى بوارث أولى
 إذا استروا .

مثاله : ابن ابن أخ لأم ، وابن بنت أخ لأبوين ، وبنت ابن أخ لأب ، المال للبنت
 لأنها تدلى بوارث .

الصفة الرابع : أقربهم إلى الميت أولاهم ، فعمة الأب أولى من عمة إجد ، وإن استووا
 فن كان لأب وأم أولى ، ثم من كان لأب ، ثم من كان لأم ؛ فالعمة لأبوين أولى من
 العمة لأب ومن العمة لأم ، والعمة لأب أولى من العم والعمة لأم ، والحالات والأحوال
 على هذا الترتيب . وإن تساوا في القرابة وهم من جنس واحد فالمال بينهم للذكر مثل حظ
 الأنثيين . وإن اجتمع الجنس العمومة والخثولة ، فالثلثان للجناب العمومة والثلث للجناب
 الخثولة كيف كانوا في العدد والذكورة والأنوثة .

مثاله : عمة وعشرة أحوال ، للعمة الثلثان ، وللأحوال الثلث . عمة وخال أو خالة ،
 للعمة الثلثان وللخال الثلث ؛ والقياس أن لا يكون للخال والخاله شيء ، لأن قرابة الأب
 أقوى كما لا شيء للعمة لأم مع العمة لأب ، إلا أنا تركنا القياس بإجماع الصحابة ، فانهم
 قالوا : للعمة الثلثان وللخال الثلث ، ولأن العمة لما كانت من جهة الأب فهي كالأب
 والخال كالأم ، فصار كأنه ترك أبا وأما فيقسم بينهما أثلاثا كذا هذا ، بخلاف ما ذكر لأن
 العمات كلهن من جهة الأب ، والعمة لأب أقوى من العمة لأم فلا ترث معها كالأعمام ،
 وذو قرابتين من أحد الجنسين لا يحجب ذا القرابة الواحدة من الجنس الآخر ، لأن الصحابة
 رضى الله عنهم جعلوا الميراث بين الخالة والعمة أثلاثا مطلقا فيجوز الإجماع على الإطلاق .

مثاله : عمة لأبوين وخالدة لأب ، الثلثان للعمة ، والثلث للخالدة . وروى ابن سباعة عن أبي يوسف - المال كله للعمة . خالدة لأبوين وعمة لأب كذلك . وعن أبي يوسف المال كله للخالدة ، وإذا اجتمع البنسان من جهة الأب والبنسان من جهة الأم فالثلثان لقرايتي الأب ، والثلث لقرايتي الأم ، ثم ما أصاب قرابة الأب ثلثاه لقراية أبيه ، وثلثه لقراية أمه ، وما أصاب قرابة الأم كذلك .

مثاله : عمة الأب وخالته وعمة الأم وخالتها ، الثلثان للعتين بينهما أثلاثا ، والثلث للخالتين بينهما أثلاثا وقد انكسر بالأثلاث فاضرب ثلاثة في ثلاثة تكن تسعة منها تصح . وأولاد هذه الأصناف حكمهم حكم آبائهم في جميع ما ذكرنا عند عدم آبائهم ، والله الموفق

فصل : في الولاء

وهو نوعان : ولاء عتاقة وولاء موالاة ، وقد ذكرنا صورتها وأحكامها في كتاب الولاء ، ونذكر في هذا الفصل ما يتعلق بالإرث ، فنبدأ بولاء العتاقة فنقول :

إذا مات المعتق ولا عصبه له من جهة النسب فالمولى المعتق عصبته ، لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمه كالحمة النسب » ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما عنها وعن بنت ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين . وأعتق رجلا عبدا له عند رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقال عليه الصلاة والسلام « إن شكرك (١) فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك ، وإن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته » ولا يرث الأسفل من الأعلى لأنه لا قرابة بينهما وإنما ألحق الولاء بالنسب في حق الأعلى حيث أنعم على عبده بالإعتاق وتسبب إلى حياته معنى ، فجوزى باستحقاق الإرث صلة له وكرامة ، وهذا المعنى معلوم من العبد فلا يقاس عليه ، فلو مات المعتق عن صاحب فرض ، والمعتق أخذ صاحب الفرض فرضه والباقي للمعتق لأنه عصبته لما رويناه ، والولاء يورث به ولا يورث ، قال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمه كالحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث » ويستحق بالعضوبة ، وإليه الإشارة بقوله عليه الصلاة والسلام « كنت أنت عصبته » وليس للنساء من الولاء شيء

(١) قوله « إن شكرك الخ » : أى إن جازاك على إحسانك له « فهو خير له » ، لأنه أدى الشكر على النعمة « وشر لك » لأنه يصل لك بغض الثواب في الدنيا فينتقص في ثوابك في الآخرة « وإن كفرك » أى جحد نعمتك « فهو خير لك » لأنك تجد كل الثواب في الآخرة وشر له لأن كفر النعمة مذموم شرعا .

بالإراث لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس للنساء من الولاء إلا ما اعتقن أو أعتقن من أعتقن .
أو كاتبين أو كاتب من كاتبين » وهو لأقرب عصبة المعتق ، فلو مات عن ابن المعتق وأبيه
فالولاء كله للابن ؛ وقال أبو يوسف : للأب السدس والباقي للابن ، لأن الأب يكون
عصبة حتى يحرز جميع المال لو انفرد . ولهما أنه صاحب فرض مع الابن فصار كالزوج
فلا يزاحم الابن العصبة ؛ ولو مات عن جد مولاه وأخيه فالكل للجد ؛ وقالوا : بينهما
نصفان وقد عرف ؛ وعن عدة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا : الولاء للكبر (١) .
أى للأقرب إلى الميت نسبا ، وهذا لا يعرف إلا سماعا فصار كالمرور عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم . وصورته : إذا مات المعتق عن ابنين ، ثم مات أحدهما عن ابن ، ثم مات
المعتق فولأؤه لابن مولاه دون ابن ابنه لما روينا ولأنه أقرب نسبا وعصوبة ؛ ولو مات
الابن وتترك أحدهما ابنا والآخر ابنين فالولاء على عدد رعوسهم لاستوائهم في العصوبة
والقرب ، ولأن الجد لو مات قسمت تركته على حفدته كذلك ، فكذلك ما ورثه بسببه ؛
وأما مولى الموالاة فإن الأعلى يرث الأسفل ويعقل عنه إذا جنى مقابلة للغنم بالغرم ، وهو
مؤخر عن ذوى الأرحام لأن ذوى الأرحام يرثون بالقرابة وهى أقوى وأكد من الولاء
لأنها لا تقبل النقص والولاء يقبله ، بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لأنهما بعد الموت
كالأجانب ، ولهذا لا يرد عليهما ، فإذا أخذ أحدهما صار الباقي خاليا عن الوارث فيكون
لمولى الموالاة . ولو اتفقا في عقد الموالاة على أن يرث كل واحد من الآخر صبح ، وورث
كل واحد منهما الآخر إذا لم يكن عصبة ولا ذوسهم ولا ذورحم ، والفرق بين ولأه
العناقة وولأه الموالاة أن السبب في ولأه العناقة العتق الذى هو إحياء معنى على ما بينا ،
وأنه من الأعلى خاصة ، والسبب في ولأه الموالاة العقد والشرط ، فثبت على الوصف الذى
عقدا وشرطا . والأصل في الإرث بولأه الموالاة قوله تعالى - والذين عاهدت أيمانكم فأتوهم
نصيبتهم - وكان في ابتداء الإسلام يتوازنون بالعقد والحلف دون النسب والرحم حتى
نزل قوله تعالى - وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض - فنسخ تقديمه وصار مؤخرا عن ذوى الأرحام
وهو مروى عن عمر وعثمان وعليّ وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وجماعة من
التابعين رضوان الله عليهم أجمعين ، على أننا نقول بموجب الآية فلا نورثه مع وجود

(١) الكبر ، قال في مختار الصحاح : وقولهم هو كبر قومه بالضم : أى أقدمهم في
النسب ، وفي الحديث « الولاء للكبر » وهو أن يموت الرجل ويترك ابنا وابن ابن فيكون
الولاء للابن دون ابن الابن اه .

الفرق والهدمى إذا لم يعلم أيهم مات أولا ، فقال كل واحد للأحياء من ورثته .

ذوى الأرحام ، وإنما نورثه عند علمهم فلا تكون الآية ناسخة وهو مذهب أصحابنا ، ولأنه جعل ماله له بعقده ، ولا تعلق للوارث به فصار كالوصية بجميع المال ولا وارث له ، أو كان لكنه أجاز الوصية فانه يجوز كذا هذا ، فصار مستحقا للمال فلا يوضع في بيت المال ، لأنه إنما يوضع في بيت المال عند عدم المستحق لأنه مستحق « وسئل عليه الصلاة والسلام عن رجل أسلم على يد رجل وأواه فقال : هو أخق الناس به محياه ومماته » يشير إلى العقل والإرث في هاتين الحالتين .

فصل

(الفرق والمهدى إذا لم يعلم أيهم مات أولا ، قال كل واحد للأحياء من ورثته) وهكذا الحكم في كل جماعة ماتوا ولا يدري أيهم مات أولا كالقتلى والحرقى ونحوهم ، وهو قول عامة الصحابة والعلماء . وعن علي وابن مسعود أنه يرث بعضهم بعضا إلا ما ورث من صاحبه وهو قول أبي حنيفة أولا .

مثاله : أخوان غرقا ولكل واحد سعون دينارا وخلف بنتا وأما وعمما ، فعند عامة العلماء تقسم تركة كل واحد بين الأحياء من ورثته البنت والأم والعم على ستة ، ولا يرث أحدهما من الآخر . وعلي قول علي وابن مسعود يقسم التسعون للبنت النصف خمسة وأربعون دينارا وللأم السدس خمسة عشر دينارا ، والباقي وهو ثلاثون للأخ ، ولا شيء للعم ، ثم يقسم الثلاثون بين البنت والأم والعم أسداسا كما تقدم ، والصحيح قول العامة لأنه احتمال موتهما معا واحتمل تقدم أحدهما واحتمل تأخره ، فوقع الشك في استحقاقه الميراث واستحقاق الأحياء متيقن فلا يعارضه الشك ، ولأن أحدهما إن جعل حيا حتى ورث من الآخر كيف يجعل ميتا حتى يرثه الآخر ؟ وإن علم موت أحدهما (١) أولا ولا يدري أيهم هو أعطى كل واحد اليقين ووقف المشكوك حتى يتبين أو يصطلحوا .

(١) قوله وإن علم موت أحدهما ، مثله في شرح التجميع لمصنفه ، ومثله أيضا في شرح السراجية لمصنفها ، وتبعه بعض شراحها وعالاه في حاشية عجم زاده بقوله : لأن التذكير غير ميثوس منه ، وقد استترك عليه في معراج الدراية بعبارة ضوء السراج . وقال العلامة قاسم : إن مافي الاختيار قول الشافعية ومذهب الحنفية لاتوارث بالكلية ، ويجعلان كأنهما ماتا معا فتنبه لذلك اه بخراوى .

فصل

المجوسى لا يرث بالأنكحة الباطلة ، وإذا اجتمع فيه قرابتان لو تفرقتا في شخصين ورثا بهما ورث بهما .
والحمل يرث ويوقف نصيبه .

فصل

(المجوسى لا يرث بالأنكحة الباطلة) لبطانها ، ويرث بالقرابة لثبوتها ، كما لو مات وترك امرأة هي أمه أو أخته ترث بالأمومة والأخوة دون الزوجية (وإذا اجتمع فيه قرابتان لو تفرقتا في شخصين ورثا بهما ورث بهما) وهو مذهب عامة الصحابة . وقال زيد بن ثابت : يرث بأبئيهما ، وهي التي يرث بها بكل حال ، وبه قال مالك والشافعي ؛ والصحيح قول العامة ، لأن كل واحدة من القرابتين بانفرادها علة صالحة لاستحقاق الإرث ، ويحوز أن يستحق الواحد مالين يجهتين إذا وجد سببا استحقاق كإبني عم أحدهما أخ لأم أو زوج على ما تقدم ، ولا يلزم الأخت لأبوين حبث لا ترث بقرابتي الأبوة والأمومة ، لأن الشرع جعلهما قرابة واحدة في التوريث نصا لقياسا . وصورته : مجوسى تزوج بنته فولدت منه بنتا ثم ماتت فقد ماتت عن بنتين فلها الثلثان والباقي لعصبة وسقط اعتبار الزوجية ، ولو ماتت بعده البنت التي كانت زوجة فقد ماتت عن بنت هي أختها ، فلها جميع المال النصف بالبنتية والنصف بعصبة الأختية ؛ وعند زيد لها النصف بالبنتية لا غير ؛ ولو ماتت بعده البنت المولودة فقد خلفت أمها وهي أختها من الأب فلها الثلث بالأمومة والنصف بالأختية والباقي للعصبة . وعند زيد لها الثلث بالأمومة لا غير لأنها أثبتت قرابة لأنها لا تحجب بحال ، وإذا ترفعوا إلينا قسمنا بينهم كالقسم بين المسلمين ، قال تعالى . فان جاءوك فاحكم بينهم - وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس ، ورواية عن زيد رضى الله عنهم .

فصل

(والحمل يرث ويوقف نصيبه) بإجماع الصحابة ، ولأنه يحتمل وجوده فيرث ، ويحتمل عدمه فلا يرث فيوقف حتى يتبين بالولادة احتياطا ؛ فان ولد إلى ستين حيا ورث لأنه عرف وجوده وإن احتمل حلوته بعد الموت لكن جعل موجودا قبل الموت حكما حتى يثبت نسبه لقيام الفراش في العدة ، وهذا إذا كان الحمل من الميت ؛ فأما إذا كان من غير الميت ، كما إذا مات وأمه حامل من غير أبيه وزوجها حي ، فان جاءت به لأكثر من ستة

أشهر لا يرث لاحتمال حدوثه بعد الموت فلا يرث بالشك إلا أن تقر الورثة بحملها يوم الموت ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فانه يرث لأنها تيقنا بوجوده عند موته ، ثم الحمل لا يخلو إما أن يكون ممن يحجب حجب حرمان أو حجب نقصان أو يكون مشاركا لهم ، فإن كان يحجب حجب حرمان ، فإن كان يحجب الجميع كالإخوة والأخوات والأعمام وبنينهم توقف جميع التركة إلى أن تلد لجواز أن يكون الحمل ابنا ، وإن كان يحجب البعض كالإخوة والجدة تعطى الجدة السدس ويوقف الباقي ، وإن كان يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يعطون أقل النصيبين ويوقف الباقي ، وكذلك يعطى الأب السدس لاحتمال أنه ابن ، وإن كان لا يحجبهم كالجد والجدة يعطون نصيبهم ويوقف الباقي ، وإن كان لا يحجبهم ولكن يشاركهم بأن ترك بنين أو بنات وجملا ، روى ابن المبارك عن أبي خنيفة أنه يوقف له نصيب أربعة من البنين أو البنات أيهما أكثر لأنه قد وقع ذلك فيوقف ذلك احتياطا ، وكان شريك بن عبد الله من حمات به أمه مع ثلاثة . وروى هشام عن أبي يوسف وهو قول محمد أنه يوقف نصيب ابنين لأنه كثير الوقوع وما زاد عليه نادر فلا اعتبار به . وروى الخصاص عن أبي يوسف وهو قوله أنه يوقف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى لأنه الغالب المعتاد وما فوقه محتمل ، والحكم مبنى على الغالب دون المحتمل ، فإن ترك ابنين وحملا ؛ فعلى قول ابن المبارك يوقف ثلثا المال ، وعلى قول محمد نصف المال وعلى قول أبي يوسف ثلث المال ؛ وإن ولد ميتا لاحكام له ولا يرث ، وإنما تعرف حياته بأن تنفس كما ولد أو استهل بأن سمع له صوت أو عطس أو تحرك عظمه منه كعينيته أو شفتيه أو يديه ، لأن بهذه الأشياء تعلم حياته ، قال عليه الصلاة والسلام « إذا استهل الصبي ورث وصلى عليه » فإن خرج الأكثر حياتهم مات ورث ، وبالعكس لا اعتبارا للأكثر ، فإن خرج مستقيما فاذا خرج صدره ورث ، وإن خرج منكوسا يعتبر خروج سرته ، وإن مات بعد الاستهلال ورث وورث عنه .

فصل المفقود

وقد ذكرنا أحكامه وما يتعلق به حال حياته ، ومتى يحكم بموته في بابها ، وتذكر هنا ما يخص بالإرث فنقول : من مات في حال فقدته فمن يرثه المفقود يوقف نصيب المفقود إلى أن يبين حاله لاحتمال بقائه ، فإذا مضت المدة التي تقدم ذكرها على ما فيها من الاختلاف ولم يعلم حاله وحكمنا بموته قسمت أمواله بين الموجودين من ورثته كما بينا ؛ وأما الموقوف من تركته غيره فانه يرد على ورثة ذلك الغير ويقسم بينهم كأن المفقود لم يكن لأننا تيقنا بكونهم ولورثين وشككنا فيه ، فكان توزيعهم أولى لأن الشك لا يعارض اليقين .

والأصل في ذلك إن كان معه وارث يحجب به لا يعطى شيئا ، وإن كان لا يحجب ولكن ينقص يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي .

مثاله : مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن ، يعطى البنتان النصف لأنه متيقن ويوقف النصف الآخر ، ولا يعطى ولد الابن شيئا لأنهم يحجبون به فلا يعطون بالشك ، وإن كان معه وارث لا يحجب كالجدة يعطى كل نصيبه كما في الحمل .

فصل الخنثى

قد سبق في كتاب الخنثى صورته وأحكامه والاختلاف فيه والدليل على توريثه من مثاله ، ونذكر الآن أحكام ميراثه . والأصل فيه أن أبا حنيفة رحمه الله يعطيه أخس النصيبين في الميراث احتياطا ، فلو مات أبوه وتركه ابنا فللابن سهمان وله سهم ؛ ولو تركه بنتا فالسالم بينهما نصفان فرضا ورذًا . أخت لأب وأم وخنثى لأب وعصبة ، للأخت النصف وللخنثى السدس تكلمة الثلثين كالأخت من الأب والباقي للعصبة . زوج وأم وخنثى لأبوين للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى ويجعل ذكرا لأنه أقل . زوج وأخت لأبوين وخنثى لأب سقط ويجعل عصبة لأنه أسوأ الحالين . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : للخنثى نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى عملا بالشبهين ، وهو قول الشعبي . مثاله : ابن وخنثى . قال محمد على قول الشعبي : المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف رحمه الله : على سبعة ، للابن أربعة ، وللخنثى ثلاثة ، لأن الابن عند الانفراق يستحق جميع المال ، والخنثى يستحق ثلاثة أرباعه ، فإذا اجتمعا يقسم بينهما على قدر حقيهما فيضرب هذا بأربعة وهذا بثلاثة فيكون سبعة . ولمحمد رحمه الله أنه الخنثى : لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين ، ولو كان أنثى كان اثلاثا فيحتاج إلى حساب له نصف وثلث وأقله ستة ، فلو كان الخنثى ذكرا يكون له ثلاثة ، ولو كان أنثى فاثنتان فسهمان له ييقن ووقع الشك في سهم فينصف فيكون له سهمان ونصف فيضعف ليزول الكسر فتصير اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ، وعلى هذا تخرج جميع مسائل الخنثى .

فصل

قد ذكرنا أن الموانع من الإرث : الزق ، والقتل ، واختلاف الملتين والدارين حكما . أما الرق فلأن العبد لا ملك له وليس من أهل الملك والتملك ، وكذلك المكاتب . قال :

عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه ذرهم » فلا يرث ولا يورث ولا يحجب ، فان مات وترك وفاء أدى عنه بدل الكتابة والباقي لورثته على ما عرف في بابيه ، والمستسعى كالمكاتب عنده ، وقد مر في العتق . وأما الكفر ، فلقوله عليه الصلاة والسلام « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ، لا يرث كافر من مسلم ، ولا مسلم من كافر « والكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضا وإن اختلفت شرائعهم . روى سعيد بن جبيرة عن عمر رضي الله عنه أنه قال : الكفر كله ملة واحدة ولأن الكفر كله ضلال وهو ضد الإسلام فيجعل ملة واحدة ، ويتوارثون بما يتوارث به أهل الإسلام من الأسباب إلا الأنكحة الباطلة ، واختلاف الدارين حقيقة أن يكون لكل دار ملك على حدة ويرى كل واحد منهما قتال الآخر كالروم والصين ، لأن عند ذلك تكون الولاية منقطعة فيما بينهم كدار الإسلام ودار الحرب .

أهل الذمة وأهل الحرب لا توارث بينهم ، سواء كان الحربى في دارهم أو مستأمنًا عندنا لا يرث الذمى ولا يرثه الذمى لانقطاع الولاية فيما بين أهل الدارين ، لأن الحربى باق على حكم حربيه فانه لا يمنع من العود إلى داره ، وهذا معنى اختلاف الدارين حكما ؛ وإذا مات المستأمن عندنا وترك مالا يجب أن نبعثه إلى ورثته وفاء بمقتضى الأمان ؛ ومن مات من أهل الذمة ولا وارث له فماله لبيت المال لأنه لا مستحق له ، وميراث المرتد وأحكامه مر في السير . وأما القتل فالقاتل مباشرة بغير حق لا يرث من مقتوله عمدا كان أو خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة » من غير فصل بين العمد والخطأ ، وقتل الصبى والمجنون والمعتوه والمبرسم والموسوس لا يوجب حرمان الميراث لأن الحرمان ثبت جزاء قتل محظور ، وفعل هؤلاء ليس بمحظور لقصور الخطاب عنهم فصار كالقتل بحق ، والحديث خص عنه القتل بحق فتخص هذه الصور بظاهر آيات الموارث وظاهر الآيات أقوى من ظاهر الحديث . والتسبيب إلى القتل لا يحرم الميراث كحافر البئر ووضع الحجر وصب الماء في الطريق ونحوه ، لأن حرمان الميراث يتعلق بالقتل حقيقة والتسبيب ليس قتلا حقيقة لأن القتل ما يحل في الحى فيؤثر في انزهاق الروح والتسبيب ليس كذلك لأنه فعل في غيره تعدى أثره إليه ، وصار كمن أوقد نارا في داره فأحرق دار جاره لاضمان عليه ؛ وكل قتل أوجب القصاص أو الكفارة كان مباشرة فيحرم به الميراث ، ومالا يوجب ذلك فهو تسبيب لا يحرم الميراث ، والراكب مباشر لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالمقتول فكأنهما وطئا جميعا ، والنائم ينقلب على مورثه فيقتله مباشرة ، والقائد والسائق مسبب لأنه لم يتصل ثقله بالمقتول فلا يكون مباشرا ، وفي قتل الباغي العادل وعكسه تفصيل وخلافه عرف في السير بتوفيق الله تعالى .

فصل

المُنَاسَخَةُ : أن يموت بعض الورثة قبل القسمة . والأصل فيه أن تصح فريضة الميت الأول وتصح فريضة الميت الثاني ، فإن انقسم نصيب الميت الثاني من فريضة الأول على ورثته فقد صحت المسألتان ؛ وإن كان لا يستقيم ، فإن كان بين سهامه ومسألته موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في التصحيح الأول ؛ وإن لم يكن بينهما موافقة فاضرب كل الثاني في الأول ، فالحاصل مخرج المسألتين .

وطريق القسمة أن تضرب سهام ورثة الميت الأول في المضروب ، وسهام ورثة الميت الثاني في كل ما في يده أو في وفقه ، فإن مات ثالث فصحح المسألتين الأوليتين ، وانظر إلى سهام الثالث معهما إن كان منهما أو من أحدهما ، فإن انقسمت على مسألته فقد صحت المسائل الثلاث ،

فصل المناسخات

(المناسخة : أن يموت بعض الورثة قبل القسمة . والأصل فيه أن تصح فريضة الميت الأول وتصح فريضة الميت الثاني ، فإن انقسم نصيب الميت الثاني من فريضة الأول على ورثته فقد صحت المسألتان) .

مثاله : ابن وبنت مات الابن عن ابنين ، فريضة الأول من ثلاثة لابن سهران وللبنت سهم ، وفريضة الثاني من اثنين فيقسم نصيبه على ورثته (وإن كان لا يستقيم ، فإن كان بين سهامه ومسألته موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في التصحيح الأول ، وإن لم يكن بينهما موافقة فاضرب كل الثاني في الأول ، فالحاصل مخرج المسألتين . وطريق القسمة أن تضرب سهام ورثة الميت الأول في المضروب ، وسهام ورثة الميت الثاني في كل ما في يده أو في وفقه (لأن تركة الثاني بعض فريضة الأول ، فإذا صار جميع الفريضة الأولى مضروبا في جميع الثانية صار كل بعض منها مضروبا في جميع الثانية فتصير جميع الثانية مضروبا في بعض الأولى وهو تركة الثاني ضرورة لأن الضرب يقوم بالطرفين (فإن مات ثالث فصحح المسألتين الأوليين) على ما ذكرنا (وانظر إلى سهام الثالث معهما إن كان منهما أو من أحدهما ، فإن انقسمت على مسألته فقد صحت المسائل الثلاث ،

وإن لم تنقسم فاضرب مسألته أو وفقها فيما صححت منه الأوليان ، فمن له شيء من الأولى والثانية مضروب في الثالثة أو في وفقها ، ومن له شيء في الثالثة مضروب في سهام الميت الثالث أو في وفقها ، وكذا إن مات رابع وخامس .

وإن لم تنقسم فاضرب مسألته أو وفقها فيما صححت منه الأوليان ، فمن له شيء من الأولى والثانية مضروب في الثالثة أو في وفقها ، ومن له شيء في الثالثة مضروب في سهام الميت الثالث أو في وفقها ، وكذا إن مات رابع وخامس .

مثاله : امرأة وأم وأخت من أم وعم ، مات العم وخلف ابنا وبنتا ، الأولى من اثني عشر والثانية من ثلاثة وسهام العم ثلاثة تستقيم على مسألته فقد صححت المسألتان من اثني عشر . آخر : زوجة وثلاث أخوات متفرقات وعم ، ماتت الأخت من الأبوين وخلفت هؤلاء ، الأولى من ثلاثة عشر للأخت من الأبوين ستة تنقسم على تركتها فصحت المسألتان من ثلاثة عشر ، حصل للأخت من الأب خمسة : سهام من الأولى ، وثلاثة من الثانية ، وللأخت من الأم ثلاثة ، من الأولى سهامان ومن الثانية سهم ، ولعم سهامان من الثانية ، وللزوجة ثلاثة من الأولى . آخر زوجة وثلاث أخوات متفرقات ، ماتت الأخت من الأبوين وخلفت زوجا وأختا لأب وأختا لأم ، الأولى من ثلاثة عشر ، والثانية من سبعة ، وسهام الميت الثاني من التركة الأولى ستة لاستقيم على مسألته وهي سبعة ولا موافقة ، فاضرب سبعة في ثلاثة عشر يكن إحدى وتسعين منها تصحح المسألتان . آخر زوجة وثلاث أخوات متفرقات وأم وأخ لأم من سبعة عشر ، ماتت الأم وخلفت أبا وأما وابنا وابنتين من ستة وسهامها من الأولى اثنان لاستقيم على مسألته لكن توافق بالنصف ، فاضرب وفق مسألته وهو ثلاثة في سبعة عشر يكن إحدى وخسين منها تصحح المسألتان ، فكل من له شيء من الأولى مضروب في ثلاثة ، ومن له شيء من الثانية مضروب في واحد فيكون للمرأة تسعة وللأخت من الأبوين ثمانية عشر وللأخت من الأب ستة ، وللأخت من الأم ستة ، وللأخ من الأم ستة ، ولكل واحد من الأبوين سهم واحد (١) . آخر ابنان مات أحدهما وترك بنتا وأختا ، ثم ماتت البنت وترك زوجا وبنتا وعمما هو ابن الميت الأول ، الأولى من اثنين وكذلك الثانية ، والثالثة من أربعة ، اضرب أربعة في مبلغ الفريضتين الأوليين وهي أربعة تكن ستة عشر منها تصحح المسائل ، للعم من المسألتين الأوليين سهامان من مسألة الأب ، وسهم من الأخ اضربها في أربعة يكن اثني عشر ، وكان للميت الثالث سهم من أبيها مضروب في أربعة يستقيم على ورثتها ، للبنت سهامان ، وللزوج سهم .

(١) أي مضروبا في ثلاثة ، وبهذا يكون المجموع واحدا وخسين اهـ .

حساب الفرائض

اعلم أن الفروض نوعان : الأول النصف والرُّبُع والثُّمْنُ . والثاني الثلث والثلثان والسدُسُ ، فالنصف من اثنين ، والرُّبُع من أربعة ، والثُّمْنُ من ثمانية ، والثلثان والثلث من ثلاثة ، والسدُسُ والسدُسان من ستة ، فلذا اختلط النصف من النوع الأول بكل النوع الثاني أو ببعضه أو باثنين ، فهي من ستة ، وإن اختلط الرُّبُع بالكل أو ببعضه فمن اثني عشر ، وإن اختلط الثُّمْنُ كذلك فمن أربعة وعشرين ؛

والباقي للعم وهو سهم فحصل له وهو ابن الميت الأول وأخ الثاني وعم الثالث ثلاثة عشر من المسائل ، من الأولى ثمانية ، ومن الثانية أربعة ، ومن الثالثة سهم . آخر رجل مات وترك ابنين وبنتين ثم مات أحد الابنين عن امرأة وبنات وعصبة ، الأولى من ستة والثانية من ثمانية ، وسهامه من الأول اثنان لا يستقيم على مسألة لكن يوافق فريضة بالنصف فاضرب وفق فريضته وهو أربعة في الفريضة الأولى وهي ستة تكن أربعة وعشرين منها تصح المسألان ، كان للابن من الميت الأول سهمان مضروبان في أربعة تكن ثمانية ، وللبنين سهمان مضروبان في أربعة ثمانية ، وللزوجة سهم مضروب في وفق فريضة وهو سهم يكون لها ، وللبنات أربعة مضروبة في سهم هي لها ، والعم ثلاثة في سهم هي له ؛ ولو ماتت ألبت عن زوج وأم وعصبة تصح من ستة ، وسهامها من المسألة الثانية أربعة ، وبينهما موافقة بالنصف فاضرب وفق فريضتها وهي ثلاثة في مبلغ الفريضتين الأولتين وهو أربعة وعشرون تكن اثنين وسبعين منها تصح المسائل ؛ وعلى هذا تخرج جميع مسائل هذا الباب ، والذي يسهل ذلك المباشرة وكثرة العمل بنوفيق الله تعالى .

حساب الفرائض

(اعلم أن الفروض نوعان : الأول النصف والرُّبُع والثُّمْنُ . والثاني الثلث والثلثان والثلثان) ونخرج كل كسر عدد مافي الواحد من أمثاله ونخرج الكسر المكرر نخرج الكسر المفرد كالثلث والثلثين والسدُسُ والسدُسين (فالنصف من اثنين ، والرُّبُع من أربعة ، والثُّمْنُ من ثمانية ، والثلثان والثلث من ثلاثة ، والسدُسُ والسدُسان من ستة ؛ فلذا اختلط النصف من النوع الأول بكل النوع الثاني) وهو الثلث والثلثان والسدُسُ (أو ببعضه) أي بواحد منها (أو باثنين فهي من ستة ؛ وإن اختلط الرُّبُع بالكل أو ببعضه فمن اثني عشر ، وإن اختلط الثُّمْنُ كذلك فمن أربعة وعشرين) وقد تقدم أمثاله في فصل العول ،

فاذا صحّت الفريضة، فإن انقسمت سهام كل فريق عليه فلا حاجة للضرب، وإن انكسرت فاضرب عدد رؤوس من انكسر عليه في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما خرج صحت منه المسألة، وإن وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم في المسألة، وإن انكسرت على فريقين فاطلب الموافقة بين سهام كل فريق وعددهم ثم بين العددين، فإن كانا متباينين فاضرب أحدهما في أصل المسألة، وإن كانا متحدًا خلسين فاضرب أكثرهما، وإن كانا متوافقين فاضرب وفق أحدهما في الآخر فما خرج في المسألة، وإن كانا متباينين فاضرب كل أحدهما في الآخر ثم المجموع في المسألة،

(فاذا صحت الفريضة، فإن انقسمت سهام كل فريق عليه فلا حاجة للضرب، وإن انكسرت فاضرب عدد رؤوس من انكسر عليه في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة. فما خرج صحت منه المسألة) مثاله : امرأة وأخوان للمرأة الربع سهم يبق ثلاثة لا يستقيم على أخوين، ولا يوافقهم فاضرب اثنين في أربعة يكن ثمانية منها تصح (وإن وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم في المسألة) مثاله : امرأة وستة إخوة، للزوجة الربع يبق ثلاثة لا يستقيم على ستة وبينهما موافقة بالثلث، فاضرب وفق عددهم وهو اثنان في أصل المسألة وهو أربعة تكن ثمانية منها تصح، كان للزوجة سهم في اثنين تكن اثنين، وللإخوة ثلاثة في اثنين يكن ستة لكل واحد سهم : آخر زوجة وستة إخوة وثلاث أخوات لأبوين، أصلها من أربعة، للزوجة سهم يبق ثلاثة لا يستقيم على خمسة عشر لكن بينهما موافقة بالثلث، فترجع الخمسة عشر إلى ثلثها وهو خمسة فاضرب خمسة في أربعة تكن عشرين منها تصح (وإن انكسرت على فريقين فاطلب الموافقة بين سهام كل فريق وعددهم ثم بين العددين، فإن كانا متباينين فاضرب أحدهما في أصل المسألة، وإن كانا متداخلين فاضرب أكثرهما، وإن كانا متوافقين فاضرب وفق أحدهما في الآخر فما خرج في المسألة، وإن كانا متباينين فاضرب كل أحدهما في الآخر ثم المجموع في المسألة) مثاله : ثلاثة أعمام وثلاث بنات، للبنات الثلثان يبق سهم للأعمام فقد انكسر على الفريقين وهما متباينان فاضرب عدد أحدهما وهو ثلاثة في أصل المسألة تكن تسعة منها تصح. آخر خمس جدات وخمس أخوات لأبوين وعم أصلها من ستة ولا موافقة بين السهام والأعداد لكن الأعداد متائلة، فاضرب أحدهما وهو خمسة في المسألة تكن ثلاثين منها تصح. آخر جدة وست أخوات لأبوين وتسع أخوات لأم من ستة وتعمل إلى سبعة، للجدلة سهم وللأخوات لأم سهمان ولا موافقة، وللأخوات

وَأِنْ انْتَكَسَرَ عَلَى ثَلَاثِ فِرَقٍ أَوْ أَكْثَرَ فَكَذَلِكَ تُطْلَبُ الْمُشَارَكَةُ أَوَّلًا بَيْنَ السَّهْمِ وَالْأَعْدَادِ ، ثُمَّ بَيْنَ الْأَعْدَادِ وَالْأَعْدَادِ ، ثُمَّ أَفْعَلُ كَمَا فَعَلْتُ فِي الْفَرِيقَيْنِ فِي الْمُدَاخَلَةِ وَالْمُثَابَلَةِ وَالْمُؤَافَقَةِ وَالْمُبَايَنَةِ وَمَا حَصَلَ مِنَ الضَّرْبِ بَيْنَ الْفِرَقِ وَمَسَاهِمِهِمْ يُسَمَّى جُزْءَ السَّهْمِ فَاضْرِبْهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ .

لأبوين أربعة وبينهما موافقة بالنصف فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في التسعة ، فاضرب تسعة في أصل المسألة وهي سبعة تكن ثلاثة وستين منها تصح . آخر بنت وست جدات وأربع بنات ابن وعم ، من ستة ولا موافقة بين السهام والأعداد ، لكن بين الرعوس وهي الستة والأربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في الآخر يكن اثني عشر ثم اثني عشر في المسألة يكن اثنين وسبعين منها تصح . آخر زوجة وست عشرة أختا لأم وخمسة وعشرون عما ربع وثلاث وما بقي أصلها من اثني عشر ، وبين سهام الأخوات وعددهن موافقة بالربع فترجع إلى أربعة ، وبين الأعمام وسهامهم موافقة بالخمسة فترجع إلى خمسها وهي خمسة ، ولا موافقة بين الأعداد ، فاضرب أحد العددين وهو أربعة في الآخر وهو خمسة يكن عشرين ثم اضربها في أصل المسألة اثني عشر يكن مائتين وأربعين منها تصح (وإن انكسر على ثلاث فرق أو أكثر فكذاك تطلب المشاركة أو لا بين السهام والأعداد ، ثم بين الأعداد والأعداد ، ثم افعل كما فعلت في الفريقين في المداخلة والمماثلة والموافقة والمباينة) ولا يتصور الكسر على أكثر من أربع فرق في القرائض (وما حصل من الضرب بين الفرق وسهامهم يسمى جزء السهم فاضربه في أصل المسألة) مثاله : أربع زوجات وثلاث جدات واثناعشر عما ، أصلها من اثني عشر للزوجات الربع ثلاثة ، وللجدات السدس سهمان ، وللأعمام ما بقي سبعة ، ولا موافقة بين الأعداد والسهام ، لكن الأعداد متداخلة ، فاضرب أكثرها وهو اثني عشر في أصل المسألة تكن مائة وأربعة وأربعين منها تصح ، كان للزوجات ثلاثة في اثني عشر تكن ستة وثلاثين لكل زوجة تسعة ، وكان للجدات بهمان في اثني عشر أربعة وعشرين لكل جدة ثمانية ، وكان للأعمام سبعة في اثني عشر أربعة وثمانين لكل عم سبعة . آخر ست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عما أصلها من ستة ، للجدات سهم لا ينقسم ولا موافقة ، وللبنات أربعة كذلك ، وللأعمام سهم كذلك ، وبين أعدادهم موافقة ، فاضرب ثلاث الجدات وهو اثنان في عدد البنات وهو تسعة تكن ثمانية عشر ، ثم اضرب وفقها الثلث وهو ستة في عدد الأعمام وهو خمسة عشر تكن تسعين ، ثم اضرب التسعين في أصل المسألة وهو ستة تكن خمسمائة وأربعين منها تصح . آخر زوجتان وعشر جدات وأربعون أختا لأم وعشرون عما ، أصلها من اثني عشر للزوجتين الربع ثلاثة لا ينقسم ولا موافقة ، وللجدات السدس سهمان لا ينقسم لكن بينهما

موافقة بالنصف فيرجع إلى نصفها وهي خمسة ، وللأخوات الثلث أربعة لا ينقسم ولكن يوافق بالربع فيرجع إلى ربعها وهو عشرة ، وللأعمام ما بقي وهو ثلاثة لا ينقسم ولا موافقة والخمسة والعشرة داخلة في العشرين ، فاضرب عشرين في أصل المسألة وهو اثنا عشر تكن مائتين وأربعين منها تصح . آخر أربع زوجات وخمس عشرة جدة وثمانى عشرة بنتا وستة أعمام ، أصلها من أربعة وعشرين ، للزوجات الثمن ثلاثة لا يستقيم ولا يوافق ، وللجدات السدس أربعة كذلك ، وللبنات الثلثان ستة عشر بينهم موافقة بالنصف فيرجع إلى النصف وهي تسعة ، بقى للأعمام سهم معنا أربعة وخمسة عشر وتسعة وستة وبين التسعة والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في الآخر يكن ثمانية عشر بينهما وبين الخمسة عشر موافقة بالثلث أيضا ، فاضرب ثلث أحدهما في الآخر يكن تسعين وهي توافق الأربعة بالنصف فاضرب اثنين في التسعين يكن مائة وثمانين اضربها في أصل المسألة أربعة وعشرين يكن أربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين منها تصح . آخر زوجتان وعشر بنات وست جدات وسبعة أعمام ، من أربعة وعشرين ، للزوجتين الثمن ثلاثة لا ينقسم ولا يوافق ، وللبنات الثلثان ستة عشر بينهما موافقة بالنصف فترجع إلى خمسة ، للجدات السدس أربعة بينهما موافقة بالنصف أيضا يرجع إلى ثلاثة ، وللأعمام سهم ، هنا اثنان وخمسة وثلاثة وسبعة كلها متباينة فاضرب اثنين في خمسة تكن عشرة ، اضربها في ثلاثة تكن ثلاثين ، اضربها في سبعة تكن مائتين وعشرة ، اضربها في أصل المسألة تكن خمسة آلاف وأربعين .

فصل : في معرفة التوافق والتماثل والتداخل والتباين

اعلم أن كل عددين لا يخلو عن هذه الأقسام الأربعة . أما المثلان فهما المتساويان كالثلاثة والثلاثة ، والخمسة والخمسة وهذا يعرف بالبدئية . وأما المتداخلان فكل عددين أحدهما جزء الآخر وهو أن لا يكون أكثر من نصفه كالثلاثة مع التسعة والأربعة مع الاثنى عشر ، فالثلاثة ثلث التسعة ، والأربعة ثلث الاثنى عشر ، والأربعة نصف الثمانية ، وكذلك الثلاثة مع الستة . طريق معرفة ذلك أن تسقط الأقل من الأكثر ، فان فني به فهما متداخلان كالخمسة والأربعة مع العشرين ، فانك إذا أسقطت الخمسة من العشرين أربع مرات ، أو الأربعة خمس مرات ففيت العشرون فعلمت أنهما متداخلان . أو نقول : كل عددين ينقسم الأكثر على الأقل قسمة صحيحة فهما متداخلان كما ذكرنا ، فانك إذا قسمت العشرين على الخمسة يحىء أربعة أقسام صحيحة ، وكذلك إذا قسمتها على الأربعة يحىء خمسة أقسام صحيحة . وأما المتوافقان فكل عددين لا يفنى أحدهما الآخر ولا ينقسم عليه لكن يفنيهما عدد آخر يكونان متوافقين بجزء العدد المسمى : كالثمانية مع الاثنى عشر

تفنيهما أربعة فهما متوافقان بالربع ، وكذلك خمسة عشر مع خمسة وعشرين يفنيهما خمسة فتوافقهما بالخمسة ، وقد يفنيهما أعداد كاثني عشر وثمانية عشر فانه يفنيهما الستة والثلاثة والاثنان فيؤخذ جزء الوفاق من أكثر الأعداد فيكون أخصر في الضرب والحساب . وطريق معرفة الموافقة أن ينقص أحدهما من الآخر أبدا ، فما بقي فخذ جزء الموافقة من ذلك كخمسة عشر مع خمسة وعشرين ، فانك إذا نقصت منها الخمسة عشر تبقى عشرة ، فإذا نقصت العشرة من خمسة عشر تبقى خمسة ، فإذا نقصت الخمسة من العشرة تبقى خمسة فتأخذ جزء الموافقة من خمسة . وطريق معرفة جزء الموافقة أن تنسب الواحد إلى العدد الباقي فما كان من نسبة الواحد إليه فهو جزء التوافق ، مثاله ما ذكرنا . بقى خمسة انسب الواحد إليها تكن خمسا ، فاعلم أن الموافقة بينهما بالأخماس ، وإن كان الجزء المفقى أكثر من عشرة كالبستة والثلاثين والأربعة والخمسين فالذى يفنيهما الثمانية وعشر، واثنان وعشرون وثلاثة وثلاثون يفنيهما أحد عشر ، وثلاثون وخمسة وأربعون يفنيهما خمسة عشر ، فانظر فان كان العدد المفقى فردا أولا وهو الذى ليس له جزء صحيح : أى لا يتركب من ضرب عدد فى عدد كأحد عشر فقل الموافقة بينهما جزء من أحد عشر لأنه لا يمكن التعبير عنه بشيء آخر ، وإن كان العدد المفقى زوجا كالثمانية عشر فما ذكرنا ، أو فردا مركبا وهو الذى له جزءان صحيحان أو أكثر كخمسة عشر فان لها جزءين صحيحين وهو الخمس ثلاثة والثلاث خمسة ، ويسمى مركبا لأنه يتركب من ضرب عدد فى عدد وهو ثلاثة فى خمسة ، فإن شئت أن تقول كما قلت فى الفرد الأول هو موافق بجزء من خمسة عشر وبجزء من ثمانية عشر ، وإن شئت أن تنسب الواحد إليه بكسرين ينضاف أحدهما إلى الآخر فتقول فى خمسة عشر بينهما موافقة بثلاث الخمس وفى ثمانية عشر بثلاث السدس ، وقس عليه نظائره . وأما المتباينان فكل عددان ليسا متداخلين ولا متماثلين ولا يفنيهما إلا الواحد كالحمسة مع السبعة ، والسبعة مع التسعة ، وأحد عشر مع عشرين وأمثاله ، وإذا صححت المسألة بما تقدم من الطرق وأردت أن تعرف نصيب كل فريق من التصحيح فاضرب ما كان له من أصل المسألة فيما ضربته فى أصلها فما خرج فهو نصيب ذلك الفريق ومعرفة نصيب كل وارث أن تضرب سهامه فيما ضربته فى أصل المسألة يخرج نصيبه . مثاله : أربع زوجات وست أخوات لأبوين وعشرة أعمام ، أصلها من اثني عشر ، للزوجات الربع ثلاثة لاتستقيم ولا توافق ، وللأخوات الثلثان ثمانية لاتستقيم لكن يوافق بالنصف يرجع إلى ثلاثة ، وللأعمام واحد ، هنا أربعة وثلاثة وعشرة ، بين الأربعة والعشرة موافقة بالنصف ، فاضرب نصف أحدهما فى الآخر يكن عشرين ، ثم اضرب العشرين فى ثلاثة يكن ستين ، اضربها فى أصل المسألة اثني عشر يكن سبعمائة وعشرين منها تصح ، فإذا أردت أن تعرف نصيب كل فريق

فصل

وإذا كانت التركة دراهم أو دنانير وأردت أن تقسمها على سهام الورثة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في التركة ثم اقسم المبلغ على المسألة وإن كان بين التركة والتصحيح موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ، ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح يخرج نصيب ذلك الوارث ،

فقل : كان للزوجات ثلاثة مضروبة فيما ضربته في أصل المسألة وهي ستون تكن مائة وثمانين ، وكان للأخوات ثمانية مضروبة في ستين يكن أربعمائة وثمانين ، وكان للأعمام سهم في ستين تكن ستين ؛ وإذا شئت أن تعرف نصيب كل وارث فقل : كان لكل زوجة ثلاثة أرباع سهم مضروبة في ستين تكن خمسة وأربعين ، وكان لكل أخت سهم وثلاث في ستين يكن ثمانين ، ولكل عم عشر سهم في ستين تكن ستة ، فهذا بيان تصحيح المسائل ومعرفة نصيب كل فريق وكل وارث ، فقس عليه أمثاله واعمل بما أوضحته من الطرق بحمد الله تعالى .

وطريق آخر لمعرفة نصيب كل فرد : أن تقسم المضروب على أى فريق شئت ثم اضرب الخارج في نصيب ذلك الفريق فالحاصل نصيب كل واحد من ذلك الفريق . مثاله ما تقدم من المسألة المضروب ستون تقسمه على الزوجات الأربع تخرج خمسة عشر تضرب في نصيب الزوجات وهو ثلاثة تكن خمسة وأربعين فهو نصيب كل زوجة ؛ ولو قسمتها على الأخوات يخرج لكل أخت عشرة تضربها في سهامهن وهي ثمانية تكن ثمانين هي لكل أخت ؛ ولو قسمتها على الأعمام تخرج ستة تضربها في نصيبهم وهو سهم يكن ستة لكل عم .

وطريق آخر طريق النسبة ، أن تنسب سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم ثم تعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل واحد من أحاد الفريق . ومثاله مسألتنا فنقول : سهام الزوجات ثلاثة ينسبها إلى عددهن وهو أربع يكن ثلاثة أرباع المضروب وهو خمسة وأربعون ، وهكذا تعمل في نصيب الأخوات والأعمام .

فصل في قسمة التركات

(وإذا كانت التركة دراهم أو دنانير ، وأردت أن تقسمها على سهام الورثة ، فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في التركة ، ثم اقسم المبلغ على المسألة ؛ وإن كان بين التركة والتصحيح موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ، ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح يخرج نصيب ذلك الوارث) وكذلك تعمل لمعرفة نصيب كل فريق ؛

وإن شئت أن تعمل بطريق النسبة كما تقدم ، وإن شئت بطريق القسمة ، وإذا أردت أن تعرف صحة العمل من خطئه فاجمع تفصيله وقابله بالجملة ، فإن تساويا فالعمل صحيح وإلا فهو خطأ فأعد العمل ليصح إن شاء الله .

مثاله : زوج وأخت لأب وأخت لأم ، أصلها من ستة وتعمل إلى سبعة ، والركة خمسون دينارا ، فاضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في خمسين يكنّ مائة وخمسين ، اقسّمها على المسألة وهي سبعة تخرج أحدا وعشرين وثلاثة أسباع ، وكذلك الأخت من الأب ، وسهم للأخت من الأم تضربه في خمسين تكنّ خمسين اقسّمها على سبعة تخرج سبعة وسبع ، وإذا جمعت كانت خمسين فقد صحّ العمل . وطريق النسبة أن تنسب سهام الزوج وهي ثلاثة أسباع فيكون له من الركة ثلاثة أسباعها وهي أحد وعشرون وثلاثة أسباع وهكذا تفعل بالباقي . وطريق القسمة أن تقسم الركة على سبعة تخرج سبعة وسبع ، تضربها في سهام الزوج وهي ثلاثة يكنّ أحدا وعشرين وثلاثة أسباع ، وهكذا يفعل بالباقي .

آخر : زوج وأبوان وبنتان ، أصلها من اثني عشر وتعمل إلى خمسة عشر ، والركة أربعة وثمانون دينارا وبينهما موافقة بالثلث ، فاضرب سهام البنّتين وهي ثمانية في وفق الركة وهو ثمانية وعشرون تكنّ مائتين وأربعة وعشرين ، اقسّمها على وفق التصحيح وهو خمسة تكنّ أربعة وأربعين وأربعة أخماس ، ثم اضرب سهام الأبوين وهي أربعة في ثمانية وعشرين تكنّ مائة واثني عشر ، اقسّمها على خمسة تكنّ اثنين وعشرين وخمسين ثم اضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في ثمانية وعشرين تكنّ أربعة وثمانين ، اقسّمها على خمسة تكنّ ستة عشر وأربعة أخماس فقد صحت المسألة . وطريق القسمة أن يقسم وفق الركة وهو ثمانية وعشرون على وفق المسألة وهي خمسة يخرج خمسة وثلاثة أخماس ، إن ضربتها في سهام الزوج تخرج ستة عشر وأربعة أخماس ، وفي سهام الأبوين اثنان وعشرون وخمسان وفي سهام البنّتين أربعة وأربعين وأربعة أخماس ، والمجموع أربعة وثمانون فقد صحت

وطريق النسبة أن تقول : للزوج ثلاثة من خمسة عشر يكون له خمس الركة وهو ستة عشر وأربعة أخماس ، وللأبوين أربعة من خمسة عشر سدسها وعشرها فأعطهما سدس الركة وعشرها وهو اثنان وعشرون وخمسان ، وللبنّتين ثمانية من خمسة عشر ثلث وخمس فلهما ثلث الركة وخمسا ، وذلك أربعة وأربعون وأربعة أخماس ، والمجموع أربعة وثمانون فقد صحت المسألة ، وإذا كانت سهام المسألة عددا أصمّ فاعمل ما ذكرت من طريق الضرب ، فإن بقي شيء لا ينقسم بالآحاد على المقسوم عليه فاضربه في عدد القرائط وهو عشرون واقسمها ، فإن بقي من القرائط شيء لا ينقسم بالآحاد فاضربه في عدد الحبات ثلاثة ثم اقسّمه ، فإن بقي شيء لا ينقسم فاضربه في عدد الأرز أربعة ، فإن بقي شيء فانسبه

وَكَذَلِكَ يُقَسَّمُ بَيْنَ أَرْبَابِ الدُّيُونِ فَيُجْعَلُ لِمَجْمُوعِ الدُّيُونِ كَتَصْحِيحِ
المسألة ، ويُجْعَلُ كُلُّ دَيْنٍ كَسَهْمٍ وَارِثٍ .
وَمَنْ صَالِحٌ مِنَ الْغُرَمَاءِ أَوْ الْوَرَثَةِ عَلَى شَيْءٍ مِنَ التَّرَكَةِ فَاطْرَحَهُ كَانَ
لَمْ يَكُنْ ، ثُمَّ اقْسِمِ الْبَاقِيَ عَلَى سِهَامِ الْبَاقِينَ .

بالأجزاء إلى الأرزة .

مثاله : زوج وجدة وجدّ وبنت ، من اثني عشر وتعود إلى ثلاثة عشر ، والتركة
أحد وثلاثون ديناراً ، فاضرب سهام الزوج ثلاثة في التركة يخرج ثلاثة وتسعون ، اقسّمها
على المسألة ثلاثة عشر والتركة أحد وثلاثون ديناراً ، فاضرب سهام الزوج ثلاثة في التركة
تخرج ثلاثة وتسعون ، اقسّمها على المسألة ثلاثة عشر يخرج لكل واحد سبعة ، بقي اثنان
لا ينقسمان بالآحاد فاضربهما في عدد القاريط يكنّ أربعين ، اقسّمها على المسألة وهي
ثلاثة عشر يبقى واحد أبسطه أرزاً يكنّ اثني عشر ، انسبها إلى المسألة بالأجزاء فيكون
للزوج سبعة دنائير وثلاثة قاريط واثني عشر جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من أرزّة ، وللجد
سهمان اضربهما في أحدهما ثلاثين يكنّ اثنين وستين ، اقسّمها على المسألة تخرج أربعة يبقى عشرة .
اضربها في القاريط تكنّ مائتين ، اقسّمها على المسألة تخرج خمسة عشر يبقى خمسة ، أبسطها حبات
تكنّ خمسة عشر ، اقسّمها على المسألة يبقى حبتان أبسطهما أرزاً تكنّ ثمانية ، انسبها بالأجزاء فحصل
للجدّ أربعة دنائير وخمسة عشر قيراطاً وحبة وثمانية أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من أرزّة ،
ولللجنة مثله ، وللنبت ضعف الزوج وهو أربعة عشر ديناراً وستة قاريط وأرزّة وأحد عشر
جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من أرزّة وجلتها أحد وثلاثون ديناراً فصحت المسألة (وكذلك
يقسم بين أرباب الديون فيجعل مجموع الديون كتحصيح المسألة ، ويجعل كل دين
كسهم وارث) .

فصل

(ومن صالح من الغرماء أو الورثة على شيء من التركة فاطرحه كأن لم يكن (١) ،
ثم اقسّم الباقي (٢) على سهام الباقي) .

مثاله : زوج وأم وعم صالح الزوج عن نصيبه من التركة على ما في ذمته من المهر

(١) قوله كأن لم يكن ، لا يجوز جعله كأن لم يكن ، بل يجعل كأنه استوفى نصيبه .

(٢) قوله ثم اقسّم الباقي ، صوابه : اقسّم سهامه .

فاطره كأنها ماتت عن أم وعم فاقسم التركة (١) بينهما للأم الثلث والباقي للعم ، وقد سبق في الصلح بفروعه وتعليله بتوفيق الله تعالى .

المسائل الملقيات

وقد تقدم أكثرها في أثناء الفصول ورقمت أسماءها على الحاشية (٢) ليسهل تناولها ، وهذه مسائل لم تذكر .

المشركة

زوج وأم واثنان من ولد الأم وإخوة وأخوات من الأبوين ، للزوج النصف ، وللأم السدس ، ولأولاد الأم الثلث ويسقط الباقيون ؛ وكذا لو كان مكان الأم جدة ، هذا قول أبي بكر وعمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو مذهب أصحابنا . وقال ابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهما : العصة من ولد الأبوين يشاركون ولد الأم في الثلث ، وهو قول عمر رضي الله عنه آخره فانه قضى أولا بمثل مذهبنا فوقع في العام القابل ، فأراد أن يقضى بمثل قضائه الأول ، فقال أحد الإخوة لأبوين : يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارا ألسنا من أم واحدة فشرك بينهم وقال : ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضى . سميت مشركة لأن عمر رضي الله عنه شرك بينهم وحمارية لقوله : هب أن أبانا كان حمارا ؛

(١) قوله فاقسم التركة ، الصواب أن يقسم ما بقي على سهام من بقي ، فأصل المسألة من ستة ، للزوج النصف ثلاثة ، فلما صولح وخرج من بين أقسم سهامه وهي ثلاثة على سهام الأم والعم ، فلأثم اثنان وللعمة سهم ، لأن سهام الأم من الأصل اثنان ، لأن فرضها ثلث الستة ، وسهم العم واحد لأنه عاصب يأخذ ما أبقت الفروض . فالحاصل أنك تطرح سهام الزوج من التصحيح ، وتقسم التركة أثلاثا : للأم الثلثان ، وللعمة الثلث ، فكان الصواب للمؤلف أن يقول للأم الثلثان وللعمة الثلث كما هو المنصوص في المذاهب من غير خلاف . فما قاله المؤلف مخالف للإجماع كما قاله سيد المحققين قدس سره في شرح السراجية ، وهو غلط مشهور من صاحب الاختيار ، وجل من لا ينسى ولا يغفل جل جلاله ، سبحانه لا علم لنا إلا ما علمتنا .

(٢) قوله ورقمت أسماءها على الحاشية : المسائل الملقبة التي تقدم ذكرها : هي مسألة اليتيمين ، ومسألة الإلزام ، ومسألة المباهلة ، ومسألة أم الفروع الشرعية ، ومسألة أم الأراميل ، والمسألة المنبرية ، وثلاثينية ابن مسعود ، والمسألة الأكدرية ، وقد اكتفينا بذكرها في فهرس الكتاب ، فمن أراد واحدة منها فلينظر فيه اهـ .

ولو كان مكان الإخوة لأبوين إخوة لأب سقطوا بالإجماع ولا تكون مشركة ، والصحيح مذهبن لقوله عليه الصلاة والسلام « ألحقوا الفرائض بأهلها » فما أبقت فلاولى عصبية ذكر» وأنه يقتضى تقديم أولاد الأم فن شرك بينهم فقد خالف النص ولأنه يوافق الأصول ، فان أولاد الأم أصحاب فرض بنص الكتاب ، وأولاد الأبوين عصبية بنص الكتاب على ما سبق ، والتشريك ينافى ذلك .

الخرقاء

أم وجد وأخت ، سميت خرقاء لأن أقاويل الصحابة تخرقتها. قال أبو بكر رضى الله عنه : للأم الثلث والباقي للجد ؛ وقال زيد : للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت أثلاثا ، وقال على . للأم الثلث وللأخت النصف والباقي للجد ؛ وعن ابن عباس روايتان : فى رواية للأخت النصف والباقي بين الأم والجد نصفان ، وفى رواية وهو قول عمر رضى الله عنه : للأخت النصف والأم ثلث الباقي والباقي للجد ، وتسمى عثمانى لأن عثمان انفرد فيها بقول خرق الإجماع فقال : للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت نصفان ، قالوا : وبه سميت خرقاء ، أو تسمى مثلثة عثمان ومربعة ابن مسعود وخمسة الشعبى لأن الحجاج سأله عنها فقال : اختلف فيها خمسة من الصحابة ، وإذا أضيف إليهم قول الصديق كانت مسدسة .

المروانية

ست أخوات متفرقات وزوج ، للزوج النصف ، وللأختين لأبوين الثلثان ، وللأختين لأب الثلث ، وسقط أولاد الأب ، أصلها من ستة وتقول إلى تسعة ، سميت مروانية لوقوعها فى زمن مروان بن الحكم ، وتسمى الغراء لاشتجارها بينهم .

الحزبية

ثلث جددات متحاذيات وجد وثلاث أخوات متفرقات . قال أبو بكر وابن عباس رضى الله عنهم : للجدات السدس والباقي للجد ، أصلها من ستة وتصح من ثمانية عشر . وقال على رضى الله عنه : للأخت من الأبوين النصف ، ومن الأب السدس تكلمة الثلثين ، وللجدات السدس ، وللجد السدس ، وهو قول ابن مسعود . وعن ابن عباس رواية شاذة : للجددة أم الأم السدس والباقي للجد . وقال زيد : للجدات السدس والباقي بين الجد والأخت لأبوين والأخت لأب على أربعة ، ثم ترد الأخت من الأب ما أخذت على الأخت من الأبوين ، أصلها من ستة وتصح من اثنين وسبعين وتعود بالاختصار إلى ستة وثلاثين

للجدات ستة ، وللأخت من الأبوين نصيبها ، ونصيب أختها خمسة عشر ، وللجد خمسة عشر سميت حمزية لأن حمزة الزيات سئل عنها فأجاب بهذه الأجوبة .

الدينارية

زوجة وجدة وبناتان واثنا عشر أخا وأخت واحدة لأب وأم ، والركة ستمائة دينار ، للجدة السدس مائة دينار ، وللبنتين الثلثان أربعمائة دينار ، وللزوجة الثمن خمسة وسبعون دينارا ، يبقى خمسة وعشرون دينارا لكل أخ ديناران وللأخت دينار ، ولذلك سميت الدينارية ، وتسمى الداودية لأن داود الطائي سئل عنها فقسمها هكذا ، فجاءت الأخت إلى أبي حنيفة فقالت : إن أخي مات وترك ستمائة دينار فما أعطيت إلا دينارا واحدا ، فقال : من قسم الركة ؟ قالت : تلميذك داود الطائي ، فقال : هو لا يظلم هل ترك أخوك جدة ؟ قالت نعم ، قال : هل ترك بنتين ؟ قالت نعم ، قال : هل ترك زوجة ؟ قالت نعم . قال : هل معك اثنا عشر أخا ؟ قالت نعم ، قال : إذن حقك دينار . وهذه المسئلة من المعايية ، فيقال : رجل خلف ستمائة دينار وسبعة عشر وارثا ذكورا وإناثا فأصاب أحدهم دينار واحد .

الامتحان

أربع زوجات وخمس جدات وسبع بنات وتسع أخوات لأب ، أصلها من أربعة وعشرين للزوجات الثمن ثلاثة ، وللجدات السدس أربعة ، وللبنات الثلثان ستة عشر ، وللأخوات ما بقى سهم ، ولا موافقة بين السهام والرعوس ولا بين الرعوس والرعوس ، فيحتاج إلى ضرب الرعوس بعضها في بعض ، فاضرب أربعة في خمسة تكن "عشرين" ، ثم اضرب عشرين في سبعة تكن "مائة وأربعين" ، ثم اضرب مائة وأربعين في تسعة تكن "ألفا ومائتين وستين" فاضربها في أصل المسئلة أربعة وعشرين تكن "ثلاثين ألفا ومائتين وأربعين" منها تصح المسئلة . وجه الامتحان أن يقال : رجل خلف أصنافا عدد كل صنف أقل من عشرة ولا تصح مسألته إلا مما يزيد على ثلاثين ألفا .

المأموية

أبوان وبناتان ماتت إحدى البنتين وخلفت من خلفت ، سميت مأموية لأن المأمون أراد أن يولى قضاء البصرة أحدا فأحضر بين يديه يحيى بن أكرم فاستحقره ، فسأله عن هذه المسئلة ، فقال : يا أمير المؤمنين أخبرني عن الميت الأول ذكرنا كان أو أنثى ، فعلم المأمون

أنه يعلم المسألة فأعطاه العهد وولاه القضاء . والجواب فيها يختلف بكون الميت الأول ذكرا أو أنثى ، فإن كان ذكرا ، فالمسألة الأولى من ستة للبنتين الثلثان وللأبوين السدسان ، فإذا ماتت إحدى البنتين فقد خلفت أخا وجدا صحيحا أب أب وجدة صحيحة أم أب ، فالسدس للجددة ، والباقي للجد ، وسقطت الأخت على قول أبي بكر . وقال زيد : للجددة السدس ، والباقي بين الجد والأخت أثلاثا على ما عرف من الأصول وصحح المناصفة كما مر من الطريق ، وإن كان الميت الأول أنثى فقد ماتت البنت عن أخت وجدة صحيحة أم أم وجد فاسد أب أم ، فللجددة السدس وللأخت النصف ، والباقي ردّ عليهما ، وسقط الجد الفاسد بالإجماع .

مسائل من متشابه الفرائض

مما يسأل عنها ويمتنع بها الفرضيون ذكرتها رياضة للخاطر . قال محمد بن الحسن : جاء رجل إلى قوم يقتسمون ميراثا ، فقال : لا تنقسموا فإن لي امرأة غائبة ، فإن كانت حية ورثت هي ولم أرث أنا ، وإن كانت ميتة ورثت أنا ؛ فهذه امرأة ماتت وتركت أما وأختين لأبوين وأختا لأم وأخا لأب هو زوج أختها لأبها ، فلأختان الثلثان ، وللأم السدس ، وللأخت لأم السدس إن كانت حية ، ولا يبقى لزوجها شيء لأنه عصبه فانه أخ لأب ، وإن كانت ميتة فله الباقي وهو السدس لأنه عصبه . امرأة جاءت إلى قوم يقتسمون ميراثا فقالت : لا تنقسموا فاني حبل ، فان ولدت غلاما ورث ، وإن ولدت جارية لم ترث . صورته : رجل مات وترك بنتين وعمما وامرأة حبل من أخيه ، فان ولدت غلاما فهو ابن أخيه وهو عصبه مقدم على العم فيرث ؛ وإن ولدت جارية فهي بنت أخ من ذوى الأرحام فلا ترث ؛ ولو قالت : إن ولدت غلاما لا يرث ، وإن ولدت جارية ورثت . صورته : امرأة ماتت عن زوج وأم وأختين لأم وحمل من الأب ، وإن ولدت جارية فهي أختها لأبها فيكون للأم السدس ، وللزوج النصف ، وللأخت لأب النصف ، وللأختين لأم الثلث ، أصلها من ستة تعول إلى تسعة ؛ وإن ولدت غلاما فللزوج النصف ، وللأم السدس ، ولأولاد الأم الثلث ، ولا شيء للغلام لأنه عصبه ؛ وإن قالت إن ولدت غلاما لا يرث هو ولا أنا ، وإن ولدت جارية ورثت أنا وهي ، فهذا رجل مات وله زوجة حامل هي أمة الغير ، قال لها مولانا : إن كان في بطنك جارية فأنت حرة ، فإذا ولدت جارية تبين أنها حرة وابنتها حرة فترثان ، وإن ولدت غلاما فهي جارية وابنتها عبد فلا يرثان ، ولو علق الحرية بكونه غلاما فالجواب على العكس ؛ وإن قالت : إن وضعت ذكرا أو أنثى لم يرث ، وإن وضعت

ذكرا وأنثى ورثا ، هذا رجل ترك أما وأختا لأبوين وامرأة أب حبلى وجدا ، فان ولدت ذكرا أو أنثى عاد الجدد ورد سهمه على الأخت لأبوين ، وإن ولدت ذكرا وأنثى رد على الأخت إلى تمام النصف وبقي لهما نصف تسع وهي مختصرة زيد . وإن قالت : إن ولدت ابنا ورثت أنا وهو ثلث المال ، وإن ولدت بنتا لم ترث شيئا ، هذا رجل تزوج ابن ابنة بنت ابن ابن له آخر ، فولدت ابنا وصار الابن في درجة أمه ، ثم مات الرجل وخلف سوى هذين بنتين ، لهما الثلثان ، والباقي وهو الثلث بين الغلام وأمه للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ ولو ولدت بنتا سقط لاستكمال البنات الثلثين وعدم المعصب لهما . ولو قالت : إن ولدت ابنا لم يرث شيئا ، وإن ولدت بنتا فلها النصف والباقي للعصبة ، هذا رجل خلف عصبة وعبدان لامال له غيرها فأعتقهما العصبة ، فشهدا بعد العتق لامرأة أنها زوجة الميت حامل منه ، فان ولدت غلاما لم يرثا لأنه لو ورثا سقطت العصبة فبطل عتقهما وبطلت شهادتهما فلا تثبت الزوجية والنسب فتورثهما يؤدي إلى إبطاله ؛ وإن ولدت أنثى فلها الثمن والبنات النصف والباقي للعصبة ، ونفذ عتق العبدان لأن للعصبة فيهما نصيبا ، فان كان موسرا يضمن نصيبهما وصحت شهادتهما وثبت النكاح والنسب ، وإن كان معسرا سعى العبدان والمستسعى كالحرة المديون ، وهذا كله على قول أبي يوسف ومحمد . رجل خلف خالا وعمًا ، ورثه خاله دون عمه ، هذا رجل تزوج أخوه لأبيه أم أمه فجاءت بابن فهو خاله وابن أخيه وهو أقرب من العم ، ويقال : رجل خلف ابن أخيه . ويقال : رجل هو خال عمه ، ويقال : عم خاله . رجل خلف زوجته وأخا لها الثمن والباقي لأخيها ، هذا رجل تزوج ابنة حماته فأولدها ابنا فهو أخو زوجته وابن ابنه . رجل هو خال رجل وعمه ، هذا رجل تزوج أب أبيه أم أمه . فولدت ابنا فهو خاله وعمه . رجلان كل واحد منهما عم للآخر . صورته : رجلان تزوج كل واحد منهما أم الآخر فولدتا ابنتين فكل ابن عم الآخر . وصورة أخرى : رجل تزوج أخوه لأمه أم أبيه فولدت ابنا فالمولود عم الرجل والرجل عمه . رجلان كل واحد منهما خال الآخر . صورته : رجلان تزوج كل واحد منهما بنت صاحبه فولدت ابنا فالابنان كل واحد منهما خال الآخر ؛ أو يقال : هو رجل تزوج أبوأمه بأخته لأبيه فولدت ابنا ، فالمولود خال الرجل والرجل خاله . رجلان أحدهما خال الآخر والآخر عمه . صورته : رجل تزوج امرأة وتزوج ابنة أمها فولدتا ابنتين ، فابن الأب عم ابن الابن ، وابن الابن خال ابن الأب . رجل خلف مالا وورثه فهم رجل واحد ، فان كان ابن الميت فله ألفا درهم ، وإن كان ابن عمه فله عشرون ألفا ، هذا رجل ترك ستين ألف درهم وترك ثمانية وخمسين بنتا ، فان كان الرجل ابنا قاسمهم فنصيبه ألفان ، وإن كان ابن عم فلهم الثلثان وله الباقي وهو عشرون ألفا . رجل باع أباه فدمهر أمه ، هذه حرة تزوجت عبدا فأولدها ابنا ، ثم طلقها فتزوجت سيده على مهر فطالبت

وقد أفلس ، ففضى لها بالعبد ، فوكلت ابنها منه ببيعه وقبض مهرها من ثمنه . رجل خلف ست وراث وتسعين ديناراً فأصاب أحدهم دينار واحد ، هذا رجل خلف أما وجدا وأختا لأب وأم وأخوين وأختا لأب فسألته تصح من تسعين ، وسهم الأخت من الأب دينار واحد . مريض قال لرجل : يرثني زوجتك وجدتك وعمتك وخالتك وأختك ، هذا المريض تزوج جدتي الرجل فولدت كل واحدة بنتين فهما خالته وعمته وقد كان الرجل تزوج جدتي المريض وتزوج أب المريض أم الصحيح فأولدها بنتين فهما أختا المريض لأبيه وأختا الآخر لأمه ، فإذا مات المريض بعد أبيه فقد خلف زوجتين هما جدتا المخاطب وأربع بنات هن خالته وعمته وجدتين هما زوجاته وأختين لأب هما أختاه لأمه . امرأة تزوجت أربعة ورثت من كل واحد نصف ماله ، هذه امرأة ورثت هي وأخوها أربعة أعبد فأعتقاهم ، ثم تزوجتهم على التعاقب وماتوا ، فلها من كل واحد الربع بالنكاح والربع بالولاء وذلك نصف ماله . امرأة وابنها اقتسما مال ميت نصفين بغير ولاء ، هذا رجل زوج بنته ابن أخيه فولدت منه ابناً ، ثم مات هذا الرجل بعد موت ابن أخيه فقد ترك بنته فلها النصف ، وترك ابنها وهو ابن ابن أخيه فيأخذ الباقي بالتعصيب وهو النصف ، ثلاثة إخوة لأم أحدهما ابن عم ، فلهم ثلث المال بالإخوة لكل واحد تسعة ، والباقي وهو ستة أسباع لابن العم ، فبقي معه سبعة أسباع . رجل خلف ثمانية بنين ومالا ، وقال : يأخذ الأكبر عشرة دنانير وتسع ما بقي ، والثاني عشرين ديناراً وتسع ما بقي ، والثالث ثلاثين ديناراً وتسع ما بقي ، والرابع أربعين ديناراً وتسع ما بقي ، والخامس خمسين ديناراً وتسع ما بقي ، والسادس ستين ديناراً وتسع ما بقي ، والسابع سبعين ديناراً وتسع ما بقي ، والثامن الباقي ففعلوا ذلك ، فكان المال بينهم على السواء : الجواب كان المال ستمائة وأربعين ديناراً ، فإذا أخذ الأكبر عشرة دنانير تبقى ستمائة وثلاثون ديناراً تسعها سبعون يأخذها يبقى معه ثمانون وهو ثمن المال يبقى خمسمائة وستون ، فإذا أخذ الثاني عشرين ديناراً وتسع الباقي ستين صار معه ثمانون وهو ثمن الجميع يبقى أربعمائة وثمانون ، فإذا أخذ الثالث ثلاثين وتسع الباقي خمسين صار معه ثمانون أيضاً يبقى أربعمائة ، فإذا أخذ الرابع أربعين وتسع الباقي أربعين يصير معه ثمانون أيضاً يبقى ثلاثمائة وعشرون ، فإذا أخذ الخامس خمسين وتسع الباقي ثلاثين يبقى مائتان وأربعون ، فإذا أخذ السادس ستين وتسع الباقي عشرين يبقى مائة وستون ، فإذا أخذ السابع سبعين وتسع الباقي عشرة يبقى ثمانون يأخذها الثامن فقد حصل لكل واحد منهم ثمانون ، والله أعلم وأحكم بالصواب .

فهرس

الجزء الخامس من الاختيار لتعليل المختار

صفحة	صفحة
٧٣ فصل من أوصى بثلث ماله لرجل	٣ كتاب الصيد
ولآخر بسدسه فالثلث بينهما أثلاثا	٩ كتاب الذبائح
٧٧ فصل في حكم من أوصى بلخيرانه	١٣ فصل فيما لا يحل أكله
أو أصهاره أو أختانه أو أهله	١٦ كتاب الأضحية
٨٣ مسائل مشورة	٢٢ كتاب الجنائيات
٨٤ كتاب القرائض	٢٦ فصل يقتل الحرب بالحر وبالعبد
٨٦ أسباب الميراث . وبيان المستحقين	٣٠ فصل لا يجري القصاص في الأطراف
للتركة	إلا بين مستوى الدية
فصل في ذوى السهام المقدرة	٣٥ كتاب الديات
٩١ فصل فيمن اجتمع فيه جهتا إرث	٣٧ فصل فيما تجب فيه الدية
٩٢ فصل في السهام المفروضة في كتاب	٤١ فصل في الشجاج وما يجب في كل
الله تعالى	منها
فصل في العصابات وأنواعهم	٤٤ فصل في حكم من ضرب بطن امرأة
وأحكامهم	فأثقت جنينا ميتا
٩٤ فصل في الخجب ، وأنواعه ،	٤٥ فصل في حكم من أخرج إلى طريق
وحكم كل نوع	العامة روشنا أو ميزابا ونحو ذلك
٩٦ فصل في العول ، وكيفيته	٥٠ فصل في حكم جنابة العبد ومن
٩٩ فصل في الرد على النوارئين	في حكمه
١٠١ فصل في مقاسمة الجدة الاخوة	٥٣ باب القسامة ، وما يتعلق بها من
١٠٣ فصل في مقاسمة الجدات	الأحكام
١٠٥ فصل في ذوى الأرحام . وأنواعهم	٥٨ باب المعاقل
وحكم كل نوع	٦٢ كتاب الوصايا
١١٠ فصل في الولاء	٧٠ فصل فيما يجوز الوصية به

صحيفة	صحيفة
١٢٤ فصل في قسمة التركات	١١٢ فصل في حكم الفرقى والمهدى ومن
١٢٦ فصل في التخارج	في حكمهم إذا لم يعلم أيهم مات
١٢٧ فصل في المسائل الملقبات	أولاً
المشركة	١١٣ فصل في توريث المجوسى
١٢٨ الخرقاء	فصل في توريث الحمل
المروانية	١١٤ فصل في المفقود
الحمزية	١١٥ فصل في الخنثى وتوريثه
١٢٩ الدينارية	فصل في موانع الإرث
الامتحان	١١٧ فصل في المناسحات
المأمونية	١١٩ فصل في حساب الفرائض
١٣٠ مسائل من متشابه الفرائض	١٢٢ فصل في معرفة التوافق والتماثل
	والتداخل والتباين

